Política y Derecho

La formación de la tradición jurídica de Occidente

Harold J. Berman

cfe

2500

SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO

LA FORMACIÓN DE LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE

Primera edición en inglés, 1983
Primera edición en español, 1996

Título original:
Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition
© 1983, President and Fellows of Harvard College
Publicado por Harvard University Press, Cambridge, Mass.
ISBN 0-674-51776-8

D. R. © 1996, Fondo de Cultura Económica
Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14200 México, D. F.

ISBN 968-16-4561-8

Impreso en México

PRÓLOGO

Ésta es una historia de orígenes, pero también de los caminos por los cuales hemos llegado a donde estamos. El escéptico podrá leerla con nostalgia, siguiendo mentalmente el curso por donde llegó a su enajenación. El creyente podrá esperar encontrar en ella algunos lineamientos para el porvenir. "El pasado me ha revelado cómo está hecho el futuro", escribió Teilhard de Chardin.

Mi propia motivación es un poco más desesperada. Se ha dicho que un hombre que se ahoga puede ver pasar toda su vida ante él, como en un relámpago. Ése puede ser un esfuerzo inconsciente por encontrar en su experiencia los recursos que lo salven de la muerte inminente. Y así, yo he tenido que ver la tradición occidental de derecho y legalidad, de orden y justicia, en una amplísima perspectiva histórica, desde sus comienzos, para encontrar una manera de salir de nuestro actual predicamento.

El hecho de que estamos al final de una era no es algo que pueda demostrarse científicamente. Lo sentimos o no lo sentimos. Sabemos por intuición que las viejas imágenes, como dice Archibald MacLeish en *The Metaphor*, han perdido su significado.

> Un mundo termina cuando su metáfora ha muerto.
>
> Una época se vuelve época, y mucho más,
> Cuando poetas sensuales en su orgullo inventan
> Emblemas para el contenido del alma
> Que dicen los significados que los hombres jamás conocerán
> Pero que imágenes hechas por el hombre podrán mostrar:
> Perece cuando esas imágenes, aunque vistas,
> Ya no significan nada.

Como la época está terminando, ahora podemos discernir sus comienzos. A mitad de una época, cuando el fin no está aún a la vista, también se oculta el comienzo. En realidad, la historia tiene entonces la apariencia, según una frase de Maitland, de una red inconsútil. Pero ahora que toda nuestra civilización se extiende ante nosotros podemos descubrir sus orígenes, porque sabemos qué orígenes estamos buscando.

De manera similar, como estamos surgiendo de un periodo revolucionario, podemos identificar más fácilmente las épocas revolucionarias del pasado. La historia "incremental", la historia "tersa", fue característica de los escritos históricos de la época darwiniana. La historia catastrófica, dominada por conflictos sociales, ha sido característica de los escritos

históricos de principios y mediados del siglo XX. Ahora, por vez primera, empezamos a ver no sólo evolución y no sólo revolución, sino la interacción de ambas como un tema dominante de la historia occidental.

Es imposible no sentir la desintegración social, la descomposición de comunidades ocurrida en Europa, la América del Norte y otras partes de la civilización occidental en nuestro siglo. Nexos de raza, religión, tierra, familia, clase, vecindad y comunidad laboral se han disuelto cada vez más, formando nacionalismos abstractos y superficiales. Esto se relaciona íntimamente con la decadencia de unidad y de propósito común que había en toda la civilización occidental. Sin embargo, también hay algunas señales de una construcción. Acaso la perspectiva más alentadora sea la de una interdependencia económica, científica y cultural, sobre una base regional y a la vez mundial.

¿Qué tiene qué ver todo esto con el derecho? Mucho. Los símbolos tradicionales de comunidad en Occidente, las imágenes y metáforas tradicionales han estado por encima de todo lo religioso y lo legal. Sin embargo, en el siglo XX por vez primera la religión se ha vuelto prácticamente asunto privado, en tanto que el derecho se ha vuelto, en gran parte, cuestión de conveniencia práctica. Se ha roto la conexión entre la metáfora religiosa y la metáfora jurídica. Ninguna de ellas expresa ya la visión que la comunidad tiene de su futuro y de su pasado; ninguna de ellas obtiene ya una lealtad apasionada.

No necesitamos lamentar estos cambios. Pueden ser buenos. Y son, sin duda, inevitables. Sea como fuere, señalan el fin de una época y, puesto que no hay manera de regresar, las únicas preguntas son: "¿cómo podemos avanzar?" ¿Podemos encontrar en la memoria de grupo de nuestra experiencia pasada recursos que nos ayuden a superar los obstáculos que bloquean nuestro avance al futuro?

¿Cuáles son esos obstáculos? Esto es algo que podrá aprenderse, indirectamente, de la historia que se narra en este libro. Entre ellos están una estrechez y una división, tanto del pensamiento como de la acción, en relación con el derecho mismo. Necesitamos superar la reducción del derecho a un conjunto de recursos técnicos para que las cosas se hagan; la separación del derecho y de la historia; la identificación de todo nuestro derecho con el derecho nacional y de toda nuestra historia jurídica con la historia jurídica nacional; las falacias de una jurisprudencia exclusivamente política y analítica ("positivismo") o de una jurisprudencia exclusivamente filosófica y moral ("la teoría del derecho natural"), o de una jurisprudencia exclusivamente histórica y socioeconómica ("la escuela histórica", "la teoría social del derecho"). Necesitamos una jurisprudencia que integre las tres escuelas tradicionales y vaya más allá. Esa jurisprudencia integrativa subrayaría que hay que creer en el derecho, o de lo contrario, éste no funcionará; incluye no sólo razón y voluntad, sino también emoción, intuición y fe. Abarca un compromiso social absoluto.

En los periodos de crisis necesitamos una visión mayor. Una vez, Oliver

Wendell Holmes, Jr. dijo a un grupo de estudiantes de derecho: "vuestra labor como abogados será ver la relación entre vuestro hecho particular y todo el marco del universo". Tras esta afirmación se encuentra la trágica visión de la vida que tenía Holmes, nacida de la Guerra Civil en los Estados Unidos. Él sabía que, sin un particular contexto universal, los hechos son enteramente precarios.

La estrechez de nuestros conceptos del derecho bloquea nuestra visión, no sólo del derecho, sino de la historia. Hoy, la gente piensa en el derecho esencialmente como en la masa de reglas, procedimientos y técnicas legislativos, administrativos y judiciales, vigentes en un país determinado. La visión de la historia que acompaña a esta visión del derecho está severamente limitada al pasado más o menos reciente y a una nación en particular. De hecho, hasta puede ser la visión de lo que no es historia, sino tan sólo las políticas y los valores actuales. En contraste, consideremos las implicaciones históricas de conceptos del derecho que prevalecieron en el pasado: por ejemplo, en la Inglaterra del siglo XVIII, como quedó expresado en los *Commentaries on the Laws of England*, de Blackstone, libro escrito no sólo para juristas, sino también, y primordialmente, para toda la gente educada. Según Blackstone, los siguientes tipos de derecho prevalecieron en Inglaterra: el natural, el divino, el de las naciones, el común inglés, el consuetudinario local, el romano, el eclesiástico, el mercantil, el estatutario y la justicia natural. En este catálogo estaba implícita una visión de la historia, no limitada a la nación o al pasado reciente, sino una visión de historias imbricadas: la del cristianismo y del judaísmo, la de Grecia, la de Roma, la de la Iglesia, la local, la nacional, la internacional y otras más. Semejante visión, al conectar a los lectores de Blackstone con diversas épocas pasadas, los liberaba de su atadura a un solo pasado, así como al pasado en conjunto, en algún abstracto sentido kantiano. Y, por la misma razón, les permitía prever no un solo futuro o un futuro abstracto en general, sino, una vez más, varias épocas futuras. El propio Blackstone era muy "inglés" y, en algunos aspectos, muy conservador, pero, reconociendo la diversidad de la tradición jurídica en Inglaterra, reconoció la diversidad de la historia misma.

A veces se ha dicho que una visión demasiado estrecha de la ley hace imposible, a los especialistas en otras disciplinas —historiadores, politólogos, sociólogos, filósofos—, estudiarla con provecho. Si se considera el derecho tan sólo como reglas, procedimientos y técnicas prevalecientes, tendrá poco interés para los sociólogos y los humanistas. Y también debe observarse que quienes salen perdiendo con esto no son sólo los abogados, sino también los sociólogos y los humanistas, así privados de una de las más ricas fuentes informativas para profundizar en sus respectivas disciplinas. Si nuestras propias ciencias y humanidades se han vuelto excesivamente conductistas y fragmentadas, y si nuestra historiografía en particular se ha vuelto excesivamente nacionalista y atada a periodos relativamente

breves, ello se debe en parte a que también nuestro pensamiento jurídico se ha vuelto así y, en consecuencia, se ha salido del campo de visión general del estudioso profesional y, por tanto, del público culto.

Así, es más fácil quejarse de esta separación del conocimiento que hacer algo constructivo para superarla. Es probable que todo esfuerzo por reintegrar los tiempos pasados sea interpretado y juzgado de acuerdo con las categorías y los conceptos prevalecientes. Presentar la historia del derecho en Occidente como metáfora de nuestra época es esperar mucho de los lectores que se han educado en visiones totalmente distintas de la historia, del derecho y de Occidente. No obstante, sin una reintegración del pasado no habrá manera de volver sobre nuestros pasos ni de encontrar lineamientos para el futuro.

INTRODUCCIÓN

Este libro narra la siguiente historia: una vez hubo una civilización llamada "occidental" que desarrolló instituciones, valores y conceptos "jurídicos"; estas instituciones, valores y conceptos jurídicos occidentales fueron transmitidos conscientemente de generación en generación a lo largo de siglos, hasta llegar a constituir una "tradición"; la tradición jurídica occidental nació de una "revolución", y después, durante el curso de muchos siglos, ha sido interrumpida y transformada periódicamente por revoluciones; y en el siglo XX la tradición jurídica occidental se encuentra en la mayor crisis revolucionaria de su historia, la cual, según creen algunos, virtualmente la ha llevado a su fin.

No todos querrán escuchar esta historia. Para muchos, la trama será inaceptable; la considerarán una fantasía. Algunos dirán que nunca existió tal tradición; otros, que está sana y salva a finales del siglo XX.

Aun entre quienes reconozcan que la historia es verídica y que se la debe tomar en serio, habrá grandes diferencias de opinión con respecto a los significados de los términos *occidental, jurídico, tradición* y *revolución*. Uno de nuestros propósitos al narrar la historia es descubrir los significados de esas palabras en un contexto narrativo, es decir, en su dimensión temporal. Desde ese punto de vista, resultaría contraproducente tratar de definirlas por adelantado. Como una vez dijo Federico Nietzsche, nada que tenga historia puede definirse. No obstante, un autor que no escriba obras de ficción tiene el deber de revelar desde el comienzo algunos de sus prejuicios. Al mismo tiempo podría ser útil intentar disipar, de entrada, algunos de los equívocos —como yo los veo— de quienes pueden decir, prejuzgando, que esta historia es inaceptable.

Lo que en este libro se llama "el Occidente" es una cultura, una civilización histórica particular, que se puede caracterizar de muchas maneras, dependiendo de nuestros propósitos al hacer la caracterización. Solía llamársele "el Occidente", y suponíase que abarcaba todas las culturas que recogieron la herencia de la Grecia y la Roma antiguas, en contraste con "el Oriente", integrado ante todo por el Islam, India y el "Lejano Oriente". Desde finales de la segunda Guerra Mundial, "Este" y "Oeste" se han empleado a menudo para distinguir a los países comunistas de los no comunistas: en el comercio, un embarque de artículos de Praga a Tokio es un embarque de Este a Oeste.

Hay otra distinción entre Este y Oeste menos conocida en la actualidad: la distinción entre las partes oriental y occidental de la Iglesia cristiana, que en los primeros siglos de nuestra era corrió paralela a la distinción entre las

partes oriental y occidental del Imperio romano. Aunque desde los primeros tiempos hubo diferencias entre la Iglesia de Oriente y la Iglesia de Occidente, sólo en 1054 acabaron éstas por escindirse. Tal ruptura coincidió con el movimiento occidental destinado a convertir al obispo de Roma en cabeza única de la Iglesia, a emancipar al clero del dominio del emperador, de reyes y de señores feudales, y a diferenciar marcadamente a la Iglesia, como entidad política y legal, de todas las políticas seculares. Este movimiento, que culminó en la que fue llamada Reforma gregoriana y "Querella de las Investiduras" (1075-1122),[1] dio margen a la formación del primer sistema jurídico occidental moderno, el "nuevo derecho canónico" *(ius novum)* de la Iglesia católica romana y, con el tiempo, también a nuevos sistemas jurídicos seculares: el real, el urbano y otros. El término "occidental" en el enunciado "tradición jurídica occidental" se refiere a los pueblos cuya tradición legal proviene de estos acontecimientos. En los siglos XI y XII, tales eran los pueblos de la Europa occidental, de Inglaterra a Hungría y de Dinamarca a Sicilia; países como Rusia y Grecia, que se quedaron en la Iglesia ortodoxa de Oriente, así como grandes partes de España, que eran musulmanas, quedaron excluidas por entonces. En épocas posteriores, no sólo Rusia y Grecia, sino toda España, se occidentalizaron, así como la América del Norte y la del Sur y otras varias partes del mundo.

Vemos así que el Occidente no puede ser encontrado recurriendo a una brújula. Los límites geográficos ayudan a localizarlo, pero de cuando en cuando se modifican. Antes bien, el Occidente es un término cultural, pero con una muy poderosa dimensión diacrónica. Empero, no sólo se trata de una idea: es una comunidad. Implica una estructura histórica y, a la vez, una historia estructurada. Durante muchos siglos se le pudo identificar sencillamente como los pueblos de la cristiandad occidental. De hecho, entre los siglos XI y XV la comunidad de esos pueblos se manifestó en su lealtad común a una sola autoridad espiritual: la Iglesia de Roma.

Como cultura histórica, como civilización, el Occidente debe distinguirse no sólo del Oriente, sino también de varias culturas "preoccidentales", a las cuales "retornó" en varios periodos de "renacimiento". Tales retornos y resurgimientos son característicos del Occidente. No se les debe confundir con los modelos en que se inspiraron. "Israel", "Grecia" y "Roma" fueron los antepasados espirituales de Occidente, no por un proceso de supervivencia o sucesión, sino, ante todo, por un proceso de adopción: el Occidente los adoptó como sus antepasados. Más aún: los adoptó selectivamente: distintas partes en diversas épocas. Cotton Mather no era hebreo, Erasmo no era griego y los juristas romanos de la Universidad de Bolonia no eran romanos.

Desde luego, parte del derecho romano sobrevivió en el derecho consuetudinario germánico y —lo que es más importante— en el derecho de la Iglesia; algo de la filosofía griega también sobrevivió en esta última; desde

* Véanse las notas a partir de la página 591.

luego, la Biblia hebrea sobrevivió como Antiguo Testamento. Pero tales supervivencias sólo explican una parte pequeña de su influencia sobre el derecho, la filosofía y la teología occidentales. Lo que puede explicar la mayor parte de su influencia son los redescubrimientos, los reexámenes y las recepciones de los textos antiguos. La sabiduría antigua ha sobrevivido sin interrupción, pero sólo a condición de haberse transformado. Esto es de importancia especial para una comprensión del redescubrimiento y el resurgimiento del derecho romano: ni haciendo el mayor esfuerzo de imaginación podríamos identificar el sistema jurídico, por ejemplo, de la ciudad libre de Pisa en el siglo XII, que adoptó muchas de las reglas del derecho romano encontradas en los recién redescubiertos textos del emperador bizantino Justiniano, con el sistema jurídico del Imperio en que reinó éste. Las mismas fórmulas tenían significados muy diferentes.

Desde esta perspectiva, el Occidente no es Grecia ni Roma o Israel, sino los pueblos de la Europa occidental regresando a los textos griegos, romanos y hebreos en busca de inspiración, y *transformando* esos textos en formas que habrían asombrado a sus autores. Desde luego, tampoco el Islam es parte del Occidente, a pesar de que sí hubo poderosas influencias árabes en la filosofía y la ciencia occidentales —aunque no sobre las instituciones jurídicas occidentales—, especialmente en el periodo que interesa a nuestro estudio.

A decir verdad, cada uno de los antiguos ingredientes de la cultura occidental se transformó al mezclarse con los demás. Lo asombroso es que elementos tan antagónicos pudiesen unirse en una sola cosmovisión. La cultura hebrea no toleraría la filosofía griega o el derecho romano; la cultura griega no toleraría el derecho romano ni la teología hebrea; la cultura romana no admitiría la teología hebrea y se resistió a grandes partes de la filosofía griega. Pese a todo, el Occidente, a finales del siglo XI y comienzos del XII, combinaba los tres, y, con ello, los transformó a todos.

Un tanto más discutible es la distinción entre el Occidente y la cultura de las tribus germánicas y otras de Europa de antes del siglo XI. Si Occidente fuese un término geográfico habría que incluir esa cultura antigua; en realidad, tendríamos que comenzar, como casi todos los estudios de la historia de Europa, con las guerras gálicas de Julio César, con la invasión del Imperio romano por los pueblos germánicos, con el surgimiento de la monarquía franca y con Carlomagno y Alfredo *el Grande,* antes de llegar a la Reforma gregoriana, la "Querella de las Investiduras" y lo que suele llamarse la Alta Edad Media o el Renacimiento del siglo XII (aunque en realidad comenzó en la segunda parte del XI). Hablar de los pueblos germánicos de Europa como "preoccidentales" puede sonar raro a algunos oídos. Y, sin embargo, hubo una radical discontinuidad entre la Europa anterior a los años 1050-1150 y la Europa posterior a ese periodo.

Por último, en relación con el significado de la palabra "occidental", hay que decir que, al menos para analizar y explicar las instituciones jurídicas,

no debe hacerse una distinción marcada entre "occidental" y "moderno"; y además, que lo "moderno" debe diferenciarse de lo "contemporáneo", aplicando el término "moderno" al periodo anterior a las dos guerras mundiales y el de "contemporáneo" al transcurrido desde 1945. Uno de los propósitos de este estudio es mostrar que, en Occidente, los tiempos modernos —no sólo las instituciones jurídicas modernas y los valores jurídicos modernos, sino también el Estado moderno, la Iglesia moderna, la filosofía moderna, la universidad moderna, la literatura moderna y muchas otras cosas modernas— tienen su origen en el periodo 1050-1150, *y no antes*.

El término "jurídico", como el término "occidental", tiene una historia. En estos días, el "derecho" suele definirse como un "conjunto de reglas". A su vez, se piensa que las reglas se derivan de estatutos y, donde se reconoce la jurisprudencia, a partir de decisiones de los tribunales. Sin embargo, desde este punto de vista no podría haber un "derecho occidental", ya que no hay legislatura ni tribunal occidental. (Por la misma razón, no podría existir un "derecho norteamericano", sino tan sólo la ley federal de los Estados Unidos y la ley estatal de cada uno de los 50 estados.) Semejante definición del derecho es demasiado estrecha para cualquier estudio que abarque los sistemas jurídicos de todos los países de Occidente en todos los diversos periodos de la historia occidental, y que no sólo se preocupe por la ley de los libros, sino también por la ley en acción. La ley en acción abarca instituciones y procedimientos jurídicos, valores jurídicos y conceptos y modos de pensamiento jurídicos, así como reglas jurídicas. Abarca lo que a veces se ha llamado "el proceso legal", o lo que en Alemania se ha llamado *Rechtsverwirklichung*, la "realización" del derecho.

Lon L. Fuller ha definido el derecho como "la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las reglas".[2] Esta definición subraya, atinadamente, la supremacía de la actividad jurídica sobre las reglas jurídicas. Y, sin embargo, yo iría más lejos, añadiendo al propósito de la empresa no sólo hacer y aplicar las reglas, sino también otros modos de gobierno, incluso votar, dar órdenes, nombrar funcionarios y dictar sentencias. Asimismo, el derecho no sólo tiene entre sus propósitos el gobierno, en el sentido usual del término: es una empresa destinada a facilitar acuerdos voluntarios mediante la negociación de transacciones, la emisión de documentos (por ejemplo, instrumentos de crédito o escrituras de propiedad), y el cumplimiento de otros actos de naturaleza jurídica. El derecho en acción consiste en personas que legislan, adjudican, administran, negocian y efectúan otras actividades legales. Es un proceso vivo de asignar derechos y deberes, resolviendo así conflictos y creando canales de cooperación.

Tan vasto concepto del derecho es necesario para comparar, dentro de un solo marco, los muchos y específicos sistemas jurídicos que han existido en Occidente durante tantos siglos. También es menester para explorar las interrelaciones de estos sistemas con otras instituciones, valores y conceptos políticos, económicos y sociales.

Me he tomado la libertad de definir el derecho en términos generales, sin referencia a las instituciones, valores y conceptos jurídicos particulares que caracterizan la tradición jurídica occidental. Al hacerlo, me propuse responder a aquellos que, por haber definido demasiado estrechamente el derecho, a saber, como un conjunto de reglas, obstruyen nuestra comprensión de cómo surgió la tradición jurídica occidental, del impacto que sobre ella tuvieron las grandes revoluciones de la historia occidental y de su situación actual. El concepto de derecho como tipo particular de empresa en que las reglas sólo desempeñan una parte, cobra significado en el contexto del auténtico desarrollo histórico del derecho vivo en una cultura dada.

Hablar de una "tradición" de derecho en Occidente es llamar la atención hacia dos importantes hechos históricos: primero, que a fines del siglo XI y en el curso del XII, con excepción de ciertos periodos de cambio revolucionario, las instituciones jurídicas en Occidente se desarrollaron continuamente a lo largo de generaciones y siglos: cada generación edificaba conscientemente sobre la labor de generaciones anteriores; y, segundo, que este proceso consciente de desarrollo continuo es concebido (o en un tiempo lo fue) como proceso no simplemente de cambio, sino de desarrollo orgánico. Hasta las grandes revoluciones nacionales del pasado —la Revolución rusa de 1917, las revoluciones francesa y norteamericana de 1789 y 1776, la Revolución inglesa de 1640, la Reforma alemana de 1517— acabaron por hacer la paz con la tradición jurídica que ellas mismas o algunos de sus dirigentes se habían propuesto destruir.

El concepto de desarrollo orgánico consciente fue aplicado en los siglos XI y XII a las instituciones. En este contexto, el término "instituciones" significaba disposiciones estructuradas para cumplir con tareas sociales específicas. Por ejemplo, las universidades son instituciones para transmitir la educación superior y preparar a profesionales; los departamentos financiero y judicial de gobierno son instituciones para administrar los impuestos y la justicia, respectivamente; el sistema jurídico es un sistema estructurado de disposiciones, uno de cuyos primeros propósitos es dar guía a los diversos departamentos de gobierno, así como al pueblo en general, sobre lo que está permitido y lo que está prohibido. En el Occidente de los siglos XI y XII, no sólo las recién creadas universidades, tesorerías y tribunales y los sistemas jurídicos fueron considerados como instituciones en desarrollo, sino que también la Iglesia llegó a ser vista así y lo mismo estructuras seculares como los gobiernos urbanos y real.

Pensando que el carácter de estas diversas instituciones era un *continuo*, se esperaba que se adaptaran gradualmente a situaciones nuevas, que se reformaran y crecieran sobre muy prolongados periodos. En parte, tal crecimiento era planeado: por ejemplo, muchas catedrales fueron planeadas para ser construidas a lo largo de generaciones y de siglos; tenían presupuesto, literalmente, para mil años. En cierto modo, el crecimiento no

no debe hacerse una distinción marcada entre "occidental" y "moderno"; y además, que lo "moderno" debe diferenciarse de lo "contemporáneo", aplicando el término "moderno" al periodo anterior a las dos guerras mundiales y el de "contemporáneo" al transcurrido desde 1945. Uno de los propósitos de este estudio es mostrar que, en Occidente, los tiempos modernos —no sólo las instituciones jurídicas modernas y los valores jurídicos modernos, sino también el Estado moderno, la Iglesia moderna, la filosofía moderna, la universidad moderna, la literatura moderna y muchas otras cosas modernas— tienen su origen en el periodo 1050-1150, *y no antes*.

El término "jurídico", como el término "occidental", tiene una historia. En estos días, el "derecho" suele definirse como un "conjunto de reglas". A su vez, se piensa que las reglas se derivan de estatutos y, donde se reconoce la jurisprudencia, a partir de decisiones de los tribunales. Sin embargo, desde este punto de vista no podría haber un "derecho occidental", ya que no hay legislatura ni tribunal occidental. (Por la misma razón, no podría existir un "derecho norteamericano", sino tan sólo la ley federal de los Estados Unidos y la ley estatal de cada uno de los 50 estados.) Semejante definición del derecho es demasiado estrecha para cualquier estudio que abarque los sistemas jurídicos de todos los países de Occidente en todos los diversos periodos de la historia occidental, y que no sólo se preocupe por la ley de los libros, sino también por la ley en acción. La ley en acción abarca instituciones y procedimientos jurídicos, valores jurídicos y conceptos y modos de pensamiento jurídicos, así como reglas jurídicas. Abarca lo que a veces se ha llamado "el proceso legal", o lo que en Alemania se ha llamado *Rechtsverwirklichung*, la "realización" del derecho.

Lon L. Fuller ha definido el derecho como "la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las reglas".[2] Esta definición subraya, atinadamente, la supremacía de la actividad jurídica sobre las reglas jurídicas. Y, sin embargo, yo iría más lejos, añadiendo al propósito de la empresa no sólo hacer y aplicar las reglas, sino también otros modos de gobierno, incluso votar, dar órdenes, nombrar funcionarios y dictar sentencias. Asimismo, el derecho no sólo tiene entre sus propósitos el gobierno, en el sentido usual del término: es una empresa destinada a facilitar acuerdos voluntarios mediante la negociación de transacciones, la emisión de documentos (por ejemplo, instrumentos de crédito o escrituras de propiedad), y el cumplimiento de otros actos de naturaleza jurídica. El derecho en acción consiste en personas que legislan, adjudican, administran, negocian y efectúan otras actividades legales. Es un proceso vivo de asignar derechos y deberes, resolviendo así conflictos y creando canales de cooperación.

Tan vasto concepto del derecho es necesario para comparar, dentro de un solo marco, los muchos y específicos sistemas jurídicos que han existido en Occidente durante tantos siglos. También es menester para explorar las interrelaciones de estos sistemas con otras instituciones, valores y conceptos políticos, económicos y sociales.

Me he tomado la libertad de definir el derecho en términos generales, sin referencia a las instituciones, valores y conceptos jurídicos particulares que caracterizan la tradición jurídica occidental. Al hacerlo, me propuse responder a aquellos que, por haber definido demasiado estrechamente el derecho, a saber, como un conjunto de reglas, obstruyen nuestra comprensión de cómo surgió la tradición jurídica occidental, del impacto que sobre ella tuvieron las grandes revoluciones de la historia occidental y de su situación actual. El concepto de derecho como tipo particular de empresa en que las reglas sólo desempeñan una parte, cobra significado en el contexto del auténtico desarrollo histórico del derecho vivo en una cultura dada.

Hablar de una "tradición" de derecho en Occidente es llamar la atención hacia dos importantes hechos históricos: primero, que a fines del siglo XI y en el curso del XII, con excepción de ciertos periodos de cambio revolucionario, las instituciones jurídicas en Occidente se desarrollaron continuamente a lo largo de generaciones y siglos: cada generación edificaba conscientemente sobre la labor de generaciones anteriores; y, segundo, que este proceso consciente de desarrollo continuo es concebido (o en un tiempo lo fue) como proceso no simplemente de cambio, sino de desarrollo orgánico. Hasta las grandes revoluciones nacionales del pasado —la Revolución rusa de 1917, las revoluciones francesa y norteamericana de 1789 y 1776, la Revolución inglesa de 1640, la Reforma alemana de 1517— acabaron por hacer la paz con la tradición jurídica que ellas mismas o algunos de sus dirigentes se habían propuesto destruir.

El concepto de desarrollo orgánico consciente fue aplicado en los siglos XI y XII a las instituciones. En este contexto, el término "instituciones" significaba disposiciones estructuradas para cumplir con tareas sociales específicas. Por ejemplo, las universidades son instituciones para transmitir la educación superior y preparar a profesionales; los departamentos financiero y judicial de gobierno son instituciones para administrar los impuestos y la justicia, respectivamente; el sistema jurídico es un sistema estructurado de disposiciones, uno de cuyos primeros propósitos es dar guía a los diversos departamentos de gobierno, así como al pueblo en general, sobre lo que está permitido y lo que está prohibido. En el Occidente de los siglos XI y XII, no sólo las recién creadas universidades, tesorerías y tribunales y los sistemas jurídicos fueron considerados como instituciones en desarrollo, sino que también la Iglesia llegó a ser vista así y lo mismo estructuras seculares como los gobiernos urbanos y real.

Pensando que el carácter de estas diversas instituciones era un *continuo*, se esperaba que se adaptaran gradualmente a situaciones nuevas, que se reformaran y crecieran sobre muy prolongados periodos. En parte, tal crecimiento era planeado: por ejemplo, muchas catedrales fueron planeadas para ser construidas a lo largo de generaciones y de siglos; tenían presupuesto, literalmente, para mil años. En cierto modo, el crecimiento no

era tan planeado cuanto administrado: administradores y legisladores revisaban la obra de sus predecesores, los discípulos se ponían a mejorar la obra de sus maestros, los "comentadores" sucedían a los "glosadores". En parte diríase que el crecimiento, más que planeado o administrado, simplemente sucedía: por ejemplo, los arquitectos "combinaban" lo románico con lo normando, y de ahí "surgió" el gótico temprano, que fue "desarrollándose" hasta ser el gótico tardío, y así sucesivamente.

Como lo dice Robert Nisbet, nadie *ve* a una sociedad "crecer", "desarrollarse", "decaer" o "morir".[3] Todas éstas son metáforas. No obstante, la idea de que una sociedad cualquiera, en un tiempo dado, está, en efecto, creciendo o desarrollándose, o decayendo o muriendo, es muy real. En la época formativa de la tradición jurídica occidental la antigua creencia agustiniana de que la sociedad, la "ciudad terrenal", está en continua decadencia, fue modificada por una nueva fe en que las instituciones sociales son capaces de nacer, desarrollarse y reproducirse. Más aún, se concibió este proyecto como uno en que generaciones sucesivas participaban consciente y activamente. Como lo expuso Goethe, la tradición no se hereda: hay que conquistarla.

El gran historiador inglés F. W. Maitland empleó la metáfora biológica del crecimiento para describir los cambios ocurridos en el derecho inglés, en relación con las formas de acción en el siglo XII y después. Escribió:

> Nuestras formas de acción no son simples rúbricas ni categorías muertas; no son el resultado de un proceso de clasificación que se haya aplicado a materiales ya existentes. Son institutos del derecho; son —lo decimos sin escrúpulo— seres vivos. Cada uno de ellos vive su propia vida, tiene sus propias aventuras, goza de un periodo corto o largo de vigor, utilidad y popularidad, y luego se hunde, acaso en una vejez decrépita y solitaria. Algunos son abortados, otros son estériles, otros viven para ver en altos lugares a sus hijos, y a los hijos de sus hijos. Entre ellos es feroz la lucha por la vida, y sólo los más aptos sobreviven.[4]

Así, se dice que la transgresión *(trespass)* —a la que Maitland llamó "prolífica madre de acciones"— "dio a luz", "hizo surgir" o "arrojó" —dependiendo en parte de nuestro gusto por las metáforas, y en parte de nuestro concepto de la continuidad orgánica— la transgresión por asalto y agresión, la transgresión a bienes muebles, la transgresión de tierras, y muchas otras acciones de transgresión. También fue "fuente de" transgresión del caso, aunque ahí el retoño difirió muy considerablemente de su progenitor.[5] Los estudiosos han dibujado un árbol para representar las formas de acción, asignándoles un tronco y ramas y fechas, como un árbol genealógico. ¿Simple recurso pedagógico? ¿O, tal vez, forma de animismo?

Tal vez sea útil hacer una analogía entre el desarrollo del derecho así concebido y el desarrollo de la música. Desde los siglos XI y XII la música monofónica, reflejada principalmente en el canto gregoriano, fue siendo gradualmente suplantada por los estilos polifónicos. Se desarrolló así la

música en dos partes, tres partes y, por último, cuatro partes. El estilo contrapuntístico, ejemplificado en el motete del siglo XIII, evolucionó hasta llegar a ser el estilo armónico del *ars nova* del siglo XIV, ejemplificado en la balada. Con el tiempo, contrapunto y armonía se combinaron. El siglo XVI presenció el desarrollo de los grandes corales protestantes alemanes que, junto con los madrigales italianos e ingleses y otras formas, ofrecieron una base para la ópera, la cual apareció por vez primera en Italia a finales del siglo XVI y comienzos del XVII. Tiempo después, la música renacentista cedió el lugar a la música barroca, la barroca a la clásica, etc. Y ningún músico contemporáneo, por muy independiente que sea, puede permitirse no conocer esta historia. Hubo un tiempo, no hace mucho, en que, de manera similar, se pedía a un buen jurista conocer la historia del desarrollo de las instituciones jurídicas.

Por supuesto, no cualquier cambio se considera como un desarrollo. Podría decirse que algunos cambios obstaculizaron el desarrollo. Por ejemplo, no puede afirmarse que el juicio por ordalía y el juicio por combate hicieran surgir el juicio por jurados, o que la acción civil por transgresión de propiedad inmobiliaria brotara de la apelación de felonía (una queja en el derecho consuetudinario). Los juicios por ordalía y por combate y la apelación de felonía eran de carácter tribal y feudal; el jurado y la transgresión fueron reales.

Además, los primeros apenas sobrevivieron al aparecer los últimos, mientras que el concepto de un desarrollo orgánico presupone que el padre continúa viviendo junto con los retoños. Es diferente del concepto de causación. No fue el juicio por ordalía sino su abolición lo que hizo surgir el jurado en casos penales.

Al mismo tiempo, el desarrollo consciente no significa por fuerza un avance deliberado hacia determinadas metas ideales. Significa algo menos que el progreso moral, aunque a veces más que un simple cambio o acumulación. Desde luego, la reforma jurídica ha sido rasgo recurrente de la tradición jurídica occidental desde su época formativa. No obstante, consideramos la reforma misma como una parte de lo que yo he llamado el carácter *continuo* de la tradición, su consciente continuidad en el tiempo.

Las características principales de la tradición jurídica occidental pueden resumirse, de manera preliminar, como sigue:

1. Se establece una distinción relativamente marcada entre las instituciones *legales* (incluyendo los procesos legales como la legislación y la adjudicación, así como las reglas y conceptos legales que se generan en esos procesos) y *otros* tipos de instituciones. Aunque la ley sigue poderosamente influida por la religión, la política, la moral y la costumbre, sin embargo, es analíticamente distinguible de ellas. Por ejemplo, la costumbre, en el sentido de habituales pautas de conducta, se distingue del derecho consuetudinario en cuanto a que las normas habituales de conducta son consideradas legalmente obligatorias. De manera similar, la política y la moral pueden

determinar la ley, pero no se las considera el derecho, como en algunas otras culturas. En Occidente, aunque desde luego no sólo en él, se considera que el derecho tiene un carácter propio, una cierta autonomía relativa.

2. En relación con lo marcado de esta distinción está el hecho de que la administración de las instituciones jurídicas en la tradición legal occidental se ha confiado a un cuerpo especial de personas, que se dedican a actividades jurídicas con una base profesional y como ocupación de tiempo más o menos completo.

3. Los profesionales del derecho, ya sean típicamente llamados abogados, como en Inglaterra y los Estados Unidos, o juristas, como en casi todos los demás países occidentales, reciben una preparación especial en un cuerpo formal de alta cultura identificado como preparación jurídica, con su propia bibliografía profesional y sus propias escuelas profesionales u otros lugares de enseñanza.

4. El cuerpo de cultura legal en que se prepara a los especialistas se encuentra en relación compleja y dialéctica con las instituciones jurídicas, ya que por una parte la cultura describe esas instituciones pero, por otra, las instituciones jurídicas, que de otra manera serían heteróclitas y desorganizadas, quedan conceptualizadas y sistematizadas y con ello se transforman por lo que se dice de ellas en los tratados y artículos especializados y en las aulas. En otras palabras, el derecho no sólo incluye instituciones legales, órdenes legales, decisiones legales y similares, sino también lo que los especialistas en la ley (incluyendo en ocasiones a jurisconsultos, jueces y otros funcionarios que hablan o escriben como especialistas en derecho), dicen acerca de esas instituciones, órdenes y decisiones legales. El derecho contiene, en sí mismo, una ciencia legal, un metaderecho, por el cual puede ser a la vez analizado y evaluado.

Las cuatro primeras características de la tradición jurídica occidental son compartidas por la tradición del derecho romano tal como se desarrolló en la República romana y en el Imperio romano desde el siglo II a. C. hasta el siglo VIII d. C., y después. En cambio, no las comparten muchas culturas contemporáneas no occidentales ni estuvieron presentes en el orden jurídico que prevaleció entre los pueblos germánicos de la Europa occidental antes del siglo XI. El derecho germánico estuvo imbuido en la vida política y religiosa y en la costumbre y la moral, como lo está el derecho, aún hoy, en muchas comunidades informales como la escuela, el vecindario, la fábrica y la aldea. Ni en el Imperio franco ni en la Inglaterra anglosajona ni en ningún lugar de la Europa de entonces se estableció una marcada distinción entre normas y procedimientos legales, por una parte, y normas y prácticas religiosas, morales, económicas, políticas o de otra índole, por la otra. Desde luego, había leyes, y ocasionalmente colecciones de leyes, promulgadas por el rey; pero no había abogados ni jueces profesionales, no había profesionales de la jurisprudencia ni escuelas de derecho, no había libros de derecho ni una ciencia jurídica. Esto también podía decirse de la

Iglesia: el derecho canónico se había fundido con la teología, y salvo algunas colecciones un tanto primitivamente organizadas de cánones y los libros monásticos de castigos por pecados, no existía nada que pudiera llamarse una literatura del derecho eclesiástico.

5. En la tradición jurídica occidental se concibe el derecho como un todo coherente, como un sistema integrado, como un "cuerpo", y se supone que este cuerpo se desarrolla, a lo largo del tiempo, de generaciones y siglos. El concepto del derecho como un *corpus iuris* puede considerarse implícito en cada tradición jurídica en que el derecho es visto como algo distinto de la moral y de la costumbre; y a menudo se supone que semejante concepto no sólo estuvo implícito, sino también explícito en el derecho romano de Justiniano. Sin embargo, el enunciado *corpus iuris Romani* no fue empleado por los romanos, sino por canonistas y romanistas europeos de los siglos XII y XIII, quienes extrapolaron el concepto de la obra de aquellos que, uno o dos siglos antes, habían descubierto los antiguos textos de Justiniano y los enseñaban en las universidades europeas. La técnica escolástica del siglo XII consistió en reconciliar contradicciones y derivar conceptos generales a partir de reglas y casos, y fue la primera que hizo posible coordinar e integrar el derecho romano de Justiniano.[6]

6. El concepto de un cuerpo o sistema de derecho dependió, para su vitalidad, de la fe en el carácter continuado de la ley, en su capacidad de desarrollarse a lo largo de generaciones y siglos, concepto que es exclusivamente occidental. El cuerpo del derecho sólo sobrevive porque contiene un mecanismo integrado para el cambio orgánico.

7. Se cree que el desarrollo del derecho tiene una lógica interna; los cambios no sólo son adaptaciones de lo antiguo a lo nuevo, sino que también forman parte de una pauta de cambios. El proceso de desarrollo está sujeto a ciertas regularidades y, al menos en retrospectiva, refleja una necesidad interna. En la tradición jurídica occidental se presupone que los cambios no ocurren al azar, sino que proceden por una reinterpretación del pasado para satisfacer las necesidades actuales y futuras. El derecho no sólo es continuado; también tiene una historia. Nos cuenta una historia.

8. La historicidad del derecho va unida al concepto de su supremacía sobre las autoridades políticas. El cuerpo del derecho en desarrollo, a la vez en cualquier momento y a largo plazo, es concebido por algunos —aunque no por todos, y no necesariamente por la mayoría— como obligatorio para el Estado mismo. Aunque quedaría reservado a la Revolución norteamericana aportar la palabra "constitucionalismo"; desde el siglo XII en todos los países de Occidente, aun con monarquías absolutas, se ha dicho y aceptado, a menudo, que en algunos aspectos importantes el derecho trasciende a la política. Se dice que el monarca puede hacer la ley pero no puede hacerla arbitrariamente, y hasta que la haya modificado —legalmente— está obligado por ella.

9. Tal vez la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental sea la coexistencia y competencia, dentro de una misma comunidad, de diversas jurisdicciones y diversos sistemas jurídicos. Es esta pluralidad de jurisdicciones y de sistemas legales la que hace que la supremacía del derecho sea, a la vez, necesaria y posible.

El pluralismo jurídico se originó en la diferenciación de la comunidad eclesiástica y las comunidades seculares. La Iglesia se declaró libre del dominio secular, reclamó su jurisdicción exclusiva en algunos asuntos y su jurisdicción competente en otros. Los laicos, aunque gobernados en general por el derecho secular, estaban sometidos al derecho eclesiástico y a la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos en cuestiones de relaciones matrimoniales y familiares, herencias, delitos espirituales, relaciones contractuales en que intervenía la fe y cierto número de otros asuntos. A la inversa, el clero, aunque gobernado generalmente por el derecho canónico, estaba sometido al derecho secular y a la jurisdicción de los tribunales seculares con respecto a ciertos delitos, algunos tipos de disputas por propiedad y casos similares. El propio derecho secular estaba dividido en varios tipos de competencia, incluyendo el derecho real, el derecho feudal, el derecho señorial, el derecho urbano y el derecho mercantil. Una misma persona podía estar sujeta a los tribunales eclesiásticos en cierto tipo de casos, al tribunal del rey en otro, al tribunal de su señor en un tercero, al derecho señorial en un cuarto, al tribunal de su poblado en un quinto y a un tribunal mercantil en un sexto.

La complejidad misma de un *orden* jurídico común que contenía diversos *sistemas* jurídicos contribuyó al refinamiento de la jurisprudencia. ¿Qué tribunal tiene jurisdicción? ¿Qué ley es aplicable? ¿Cómo reconciliar las diferencias legales? Tras las cuestiones técnicas se encontraban importantes consideraciones políticas y económicas: la Iglesia contra la corona, la corona contra el poblado, el poblado contra el señor, el señor contra el mercader, etcétera. El derecho era un modo de resolver los conflictos políticos y económicos. Pero el derecho también podía servir para exacerbarlos.

El pluralismo del derecho occidental, que ha reflejado y a la vez reforzado el pluralismo de la vida política y económica de Occidente, ha sido o en un tiempo fue causa de desarrollo o crecimiento: crecimiento legal así como crecimiento político y económico. También ha sido o en un tiempo fue fuente de libertad. Un siervo podía ir al tribunal del poblado en busca de protección contra su amo. Un vasallo podía correr al tribunal del rey en busca de protección contra su señor. Un clérigo podía acudir al tribunal eclesiástico en busca de protección contra el rey.

10. Existe una tensión entre los ideales y las realidades, entre las cualidades dinámicas y la estabilidad, entre la trascendencia y la inmanencia de la tradición jurídica occidental. Esta tensión ha conducido, periódicamente, a un violento derrocamiento de los sistemas legales por medio de una revolución. No obstante, la tradición jurídica, más grande que cualquiera de los sistemas legales que la integran, sobrevivió y, en realidad, fue renovada por esas revoluciones.

El derecho y la historia

Seguir la evolución de la tradición jurídica occidental, y aceptarla, es enfrentarnos a teorías implícitas tanto del derecho como de la historia que ya no gozan de gran aceptación, al menos en las universidades. Las teorías que aún prevalecen plantean graves obstáculos para apreciar esa evolución.

El concepto convencional del derecho como un cuerpo de reglas derivadas de estatutos y de decisiones de los tribunales —que refleja una teoría de la fuente última del derecho en la voluntad del legislador ("el Estado")— es totalmente inadecuado como base para el estudio de una cultura jurídica transnacional. Hablar de la tradición jurídica occidental es postular un concepto del derecho no como cuerpo de reglas, sino como proceso, como empresa, en que las reglas sólo tienen sentido en el contexto de instituciones y procedimientos, valores y modos de pensamiento. Desde esta perspectiva más vasta, las fuentes de la ley no sólo incluyen la voluntad del legislador, sino también la razón y la conciencia de la comunidad, sus costumbres y usos. Ésta no es la visión prevaleciente del derecho. Pero no es heterodoxa: solía decirse no hace mucho tiempo que hay cuatro fuentes de la ley: legislación, precedente, igualdad y costumbre.[7] En la era formativa de la tradición jurídica occidental no había tanta legislación, ni con mucho, ni tanto precedente, como llegaría a haber en siglos posteriores. El grueso de la ley se derivaba de la costumbre, que era considerada a la luz de la equidad (definida como razón y conciencia). Es necesario reconocer que costumbre y equidad son tanto ley como estatutos y decisiones, si hemos de seguir y aceptar la historia de la tradición jurídica occidental.

Por encima de todo eso es necesario reconocer que el derecho en Occidente está formado en sistemas legales integrados, en cada uno de los cuales los diversos elementos constituyentes reciben, en parte, su significado del sistema en conjunto. Además, se supone que cada sistema está en desarrollo; por tanto, el significado de cada elemento constituyente no sólo se deriva de lo que el sistema ha sido en el pasado, sino también de lo que llegará a ser en el futuro. Tampoco éstas son verdades convencionales de la prevaleciente "jurisprudencia analítica", la cual postula a un soberano que da órdenes en forma de reglas y que impone sanciones por no aplicarlas como "él quiso" que fueran aplicadas: lo que Max Weber llamó la "racionalidad formal" y el "formalismo lógico" del derecho occidental. Y en general se considera que ésta es una descripción adecuada, tanto entre quienes están contra el formalismo, como entre quienes lo defienden. Weber pensó que explicaba la utilidad del derecho para el desarrollo del

capitalismo. Semejante concepto del derecho es un obstáculo formidable para una comprensión de la historia de la tradición jurídica occidental, que se originó en lo que suele verse como la época del feudalismo, y que brotó de la separación de la Iglesia y del orden secular. Se ha solido pasar por alto el hecho de que el nuevo sistema de derecho canónico, creado a fines del siglo XI y el XII, constituyó el primer sistema jurídico occidental moderno, tal vez precisamente porque no embonaba en las prevalecientes teorías sobre la naturaleza del derecho.

Si la jurisprudencia analítica o, como más a menudo se le llama hoy, el positivismo legal, es una base teórica inadecuada para captar la narración del desarrollo de las instituciones jurídicas occidentales, ¿cuál o cuáles teorías nos ofrecerían una base mejor? Las principales alternativas presentadas por la propia filosofía jurídica occidental son la "teoría del derecho natural" y la "jurisprudencia histórica". Además, en años recientes ha surgido una nueva escuela llamada "jurisprudencia sociológica". Desde luego, todas estas escuelas tienen muchas variantes. Y, sin embargo, cada teoría, en sí misma, sólo enfoca un aspecto de la verdad. Ninguna de ellas por sí sola nos ofrece una base para comprender la historia del derecho en Occidente. La historia de la tradición jurídica occidental es ella misma, en parte, una historia del surgimiento y el choque de estas diversas escuelas de filosofía legal. No explican la historia; es la historia la que las explica a ellas: por qué surgieron, y por qué diferentes escuelas han prevalecido en diferentes lugares y épocas.

En la era formativa de la tradición jurídica occidental predominó la teoría del derecho natural. En general se creía que el derecho humano se derivaba, en última instancia, de la razón y la conciencia, y que sólo mediante ellas se le podía poner a prueba. De acuerdo no sólo con la filosofía legal de la época, sino también con el propio derecho positivo, con cualquier derecho positivo, fuese aplicado o consuetudinario, debía armonizar con el derecho natural, o de otra manera carecería de validez como ley, y se le podría pasar por alto. Esta teoría tenía su base en la teología cristiana, así como en la filosofía aristotélica. Pero también tenía una base en la historia de la lucha entre las autoridades eclesiásticas y las seculares, así como en la política del pluralismo. Podemos compararla con la teoría que acompaña a la ley de los Estados Unidos, según la cual todo derecho positivo debe estar en armonía con los requerimientos constitucionales de "proceso debido", "igual protección", "libertad", "intimidad" y similares; de otra manera perderá su validez. El "debido proceso de ley" es, en realidad, una expresión de la Inglaterra del siglo XIV, para significar derecho natural. De este modo, la teoría del derecho natural se encuentra escrita en el derecho positivo de los Estados Unidos; sin embargo, esto no nos impide darle una explicación política ("positivista"). Es bastante fácil mostrar que el Estado, o los poderes que sean, o la clase gobernante, se benefician de la cláusula del debido proceso y así "quieren" que sea.

De manera similar, la jurisprudencia histórica —la teoría de que el derecho deriva su significado y su autoridad de la historia pasada del pueblo cuyo derecho constituye, a partir de sus costumbres, del genio de sus instituciones, de sus valores históricos, de precedentes— se ha edificado en el *sistema* jurídico inglés desde la Revolución inglesa del siglo XVII. No obstante, la *filosofía* jurídica inglesa ha oscilado entre el positivismo y la teoría del derecho natural, y la jurisprudencia histórica ha tenido relativamente pocos partidarios, al menos en el siglo XX. Alemania —que, en contraste con Inglaterra, creó su derecho nacional, especialmente en el siglo XIX, no tanto a partir de sus instituciones jurídicas históricas cuanto de un derecho romano recibido y "ajeno"— ha sido la patria de la jurisprudencia histórica, en cuyo nombre los más grandes juristas alemanes han cantado las loas del derecho alemán como reflejo del espíritu de su pueblo.

De este modo, la historia jurídica occidental ha sido el vivero de toda una variedad de escuelas de filosofía jurídica, algunas de las cuales han predominado en algunos tiempos y lugares, y otras en otros, a menudo por razones paradójicas, como por reacción ideológica contra las realidades legales existentes. Por tanto, los estudiantes de la historia jurídica occidental deben estar prevenidos contra las limitaciones de cada una de las escuelas en particular. Sería más apropiado, y más "occidental", utilizarlas a todas como pantalla que debe colocarse sucesivamente ante la experiencia histórica, y no tratar de utilizar la historia como apoyo para alguna de ellas.

Si varias escuelas de la teoría jurídica plantean obstáculos a un entendimiento o una aceptación de la historia de la tradición jurídica occidental, mucho mayores obstáculos plantean las diversas teorías de la historia, incluso de la historia legal. Estas teorías tratan de cuestiones sobre si la historia tiene un significado o una dirección; si se justifica la periodización de la historia y, en caso afirmativo, sobre qué bases; si podemos hablar de "leyes de la historia" o de una causación histórica en algún sentido (por ejemplo, la base económica y la superestructura ideológica, o la supremacía del poder); y, en un nivel un poco inferior de generalización, de preguntas concernientes a la relación de la historia de cada nación en particular, de la historia de Occidente en conjunto; del papel de las grandes revoluciones en la historia universal; y del significado de conceptos como "medieval" y "moderno", "feudalismo" y "capitalismo".

Aunque se puede narrar la historia del origen y del temprano desarrollo de la tradición jurídica occidental sin tratar de resolver estas grandes cuestiones historiográficas, sí es necesario detenerse brevemente en varias preguntas teóricas concernientes a la historia en general y a la historia occidental en particular, para disipar ciertos prejuicios comunes acerca de ella. Además, la historia misma ilumina en forma notable algunas de esas preguntas teóricas.

Preguntas sobre el significado y la dirección en la historia y preguntas sobre la periodización surgen inevitablemente de las circunstancias

dramáticas en que nació la tradición jurídica occidental. Los actores de este drama no tenían ninguna duda de que estaban realizando un destino histórico. Desde luego, su confianza no refuta, por sí misma, la posición, adaptada hoy por muchos, de que la historia no tiene significado, de que los cambios en la historia fueron hechos al azar y de que la periodización es arbitraria. Sin embargo, quienes llegan hasta rechazar todo significado de la historia, toda dirección y toda periodización, no debieran poner a la historia aquí narrada objeciones mayores de las que pondrían a relatos más convencionales que simplemente atribuyen menos significado a los mismos acontecimientos y realidades, menos dirección y una periodización menos estricta. Si toda periodización es arbitraria, entonces un análisis del surgimiento de las "modernas" instituciones legales y políticas "a finales del siglo XI" no es más arbitrario que el convencional análisis que insiste en que todo antes del "siglo XVI" es "medieval", y que no hay una discontinuidad radical en el periodo de 1050 a 1150 o 1200. Asimismo, quienes creen que no hay pautas en el desarrollo histórico de las instituciones de Occidente, no debieran desanimarse por un relato que ve una interacción entre la revolución y la evolución a lo largo de generaciones y de siglos, más de lo que ya están por los relatos que sólo ven revolución o sólo evolución.

Quienes tendrán más dificultades con la historia aquí narrada son aquellos que nunca se han enfrentado directamente a los problemas de significado y dirección y periodización, sino que acríticamente aceptan la historiografía convencional que se ha venido enseñando desde el siglo XVI. Esta visión simplemente supone que la historia universal se divide en tres periodos: antiguo, medieval y moderno. La historia antigua es la historia de Grecia y de Roma. La decadencia de Roma, debida a las invasiones de los bárbaros, produjo una época medieval, que duró aproximadamente del siglo V al XV. Entonces empezaron los tiempos modernos; algunos dirían que con el Renacimiento, otros que con la Reforma y, otros más, que con ambos. Quienes escogen la Reforma pueden narrar una historia un tanto distinta. La antigua Israel fue introducida en el cuadro del mundo antiguo. La Edad Media será definida por el periodo transcurrido entre la Iglesia primitiva, y la ruptura de Lutero con Roma. Sin embargo, los protestantes se unirán a los humanistas diciendo que el arte y el pensamiento occidentales se remiten a Grecia, y que la política y el derecho occidentales se remiten a Roma. Por último, bajo la influencia de la Ilustración, todos convendrán en que aun cuando Grecia y Roma, y tal vez la antigua Israel, forman el trasfondo histórico de la civilización occidental, la historia que verdaderamente cuenta es la historia de naciones en particular, especialmente de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania.

Este concepto del pasado tiene gran significado, gran dirección y gran periodización. Sin embargo, es absolutamente incongruente con las mejores investigaciones históricas de los últimos cinco decenios. Esa investigación ha hecho retroceder la "época de las tinieblas", desde el periodo anterior a 1450-1500, al periodo anterior a 1050-1100. Hoy, hasta los historiadores más conservadores hacen una clara distinción entre la Baja Edad Media y la Alta Edad Media. Además, hoy se ha rechazado en gran parte la antes postulada continuidad de la historia de los pueblos germánicos en la Baja Edad Media con la historia del Imperio romano y con la historia romana y griega en general. Se ha demostrado que el gran resurgimiento de la filosofía griega y el derecho romano a finales del siglo XI y durante el XII y el XIII forma parte de un cambio crítico tanto en la historia de la Iglesia occidental como en la de las naciones de Europa, y que también estuvo relacionado con el nacimiento de las ciudades en ese continente y con otros cambios sociales y económicos fundamentales.

Pero aquí, cualesquiera que sean las pruebas, muchas personas sentirán dudas y frustración. Tal vez se dirán: "Pautas y regularidades pueden ser necesarias en la historia —aunque no vayan más allá de los hechos—, ya que sin ellas ésta no existiría, pero las discontinuidades radicales son innecesarias y hasta innaturales. 'La naturaleza no da saltos.' Pero aun si la historia de Occidente a veces ha dado saltos, como en la Revolución rusa, la Revolución francesa y la Reforma protestante, el que una discontinuidad radical haya ocurrido a mediados de la 'Edad Media' no sólo parece antinatural, sino también sin precedente e insólito. Resultaría incongruente, a la luz de lo que se nos ha enseñado acerca de la Edad de la Fe. ¿Por qué no hemos de seguir creyendo que las diferencias entre la sociedad europea del año 1500 y la del año 500 fueron resultado de una larga serie de pequeños cambios, con algunos periodos de mayor aceleración pero sin cambios radicales en una sola generación o en un solo siglo? ¿Por qué no seguir creyendo que las ciudades fueron gradualmente fundadas (o resurgieron) a lo largo de 10, de cinco o al menos tres siglos, y no súbitamente, sobre 80 o 90 años; que el Papa llegó a ser supremo juez y legislador en la Iglesia gradualmente a lo largo de 10 siglos, y no de súbito en tres generaciones; que el emperador y los reyes de Europa fueron perdiendo gradualmente sus funciones y su carácter taumatúrgico, no como resultado de un abierto conflicto político y religioso, sino de cambios paulatinos en las actitudes?"

Un estudio de los orígenes de la tradición jurídica occidental corregiría este prejuicio ideológico en favor del cambio paulatino. Dado que el derecho se modifica con mayor lentitud que casi ninguna otra institución política, no esperaríamos, habitualmente, cambios rápidos y espectaculares en un sistema legal. No obstante, todo el que investigue alguno de los sistemas jurídicos de Europa, primero en el periodo de 1000-1050, y luego en el de 1150-1200, encontrará una enorme transformación. Y esto puede decirse, ante todo, de la ley de la Iglesia.

Desde luego, hablar de un cambio revolucionario dentro de la Iglesia de Roma es desafiar la opinión ortodoxa (aunque no la ortodoxa oriental) de que la estructura de la Iglesia católica romana es resultado de una gra-

dramáticas en que nació la tradición jurídica occidental. Los actores de este drama no tenían ninguna duda de que estaban realizando un destino histórico. Desde luego, su confianza no refuta, por sí misma, la posición, adaptada hoy por muchos, de que la historia no tiene significado, de que los cambios en la historia fueron hechos al azar y de que la periodización es arbitraria. Sin embargo, quienes llegan hasta rechazar todo significado de la historia, toda dirección y toda periodización, no debieran poner a la historia aquí narrada objeciones mayores de las que pondrían a relatos más convencionales que simplemente atribuyen menos significado a los mismos acontecimientos y realidades, menos dirección y una periodización menos estricta. Si toda periodización es arbitraria, entonces un análisis del surgimiento de las "modernas" instituciones legales y políticas "a finales del siglo XI" no es más arbitrario que el convencional análisis que insiste en que todo antes del "siglo XVI" es "medieval", y que no hay una discontinuidad radical en el periodo de 1050 a 1150 o 1200. Asimismo, quienes creen que no hay pautas en el desarrollo histórico de las instituciones de Occidente, no debieran desanimarse por un relato que ve una interacción entre la revolución y la evolución a lo largo de generaciones y de siglos, más de lo que ya están por los relatos que sólo ven revolución o sólo evolución.

Quienes tendrán más dificultades con la historia aquí narrada son aquellos que nunca se han enfrentado directamente a los problemas de significado y dirección y periodización, sino que acríticamente aceptan la historiografía convencional que se ha venido enseñando desde el siglo XVI. Esta visión simplemente supone que la historia universal se divide en tres periodos: antiguo, medieval y moderno. La historia antigua es la historia de Grecia y de Roma. La decadencia de Roma, debida a las invasiones de los bárbaros, produjo una época medieval, que duró aproximadamente del siglo V al XV. Entonces empezaron los tiempos modernos; algunos dirían que con el Renacimiento, otros que con la Reforma y, otros más, que con ambos. Quienes escogen la Reforma pueden narrar una historia un tanto distinta. La antigua Israel fue introducida en el cuadro del mundo antiguo. La Edad Media será definida por el periodo transcurrido entre la Iglesia primitiva, y la ruptura de Lutero con Roma. Sin embargo, los protestantes se unirán a los humanistas diciendo que el arte y el pensamiento occidentales se remiten a Grecia, y que la política y el derecho occidentales se remiten a Roma. Por último, bajo la influencia de la Ilustración, todos convendrán en que aun cuando Grecia y Roma, y tal vez la antigua Israel, forman el trasfondo histórico de la civilización occidental, la historia que verdaderamente cuenta es la historia de naciones en particular, especialmente de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania.

Este concepto del pasado tiene gran significado, gran dirección y gran periodización. Sin embargo, es absolutamente incongruente con las mejores investigaciones históricas de los últimos cinco decenios. Esa investigación ha hecho retroceder la "época de las tinieblas", desde el periodo anterior a 1450-1500, al periodo anterior a 1050-1100. Hoy, hasta los historiadores más conservadores hacen una clara distinción entre la Baja Edad Media y la Alta Edad Media. Además, hoy se ha rechazado en gran parte la antes postulada continuidad de la historia de los pueblos germánicos en la Baja Edad Media con la historia del Imperio romano y con la historia romana y griega en general. Se ha demostrado que el gran resurgimiento de la filosofía griega y el derecho romano a finales del siglo XI y durante el XII y el XIII forma parte de un cambio crítico tanto en la historia de la Iglesia occidental como en la de las naciones de Europa, y que también estuvo relacionado con el nacimiento de las ciudades en ese continente y con otros cambios sociales y económicos fundamentales.

Pero aquí, cualesquiera que sean las pruebas, muchas personas sentirán dudas y frustración. Tal vez se dirán: "Pautas y regularidades pueden ser necesarias en la historia —aunque no vayan más allá de los hechos—, ya que sin ellas ésta no existiría, pero las discontinuidades radicales son innecesarias y hasta innaturales. 'La naturaleza no da saltos.' Pero aun si la historia de Occidente a veces ha dado saltos, como en la Revolución rusa, la Revolución francesa y la Reforma protestante, el que una discontinuidad radical haya ocurrido a mediados de la 'Edad Media' no sólo parece antinatural, sino también sin precedente e insólito. Resultaría incongruente, a la luz de lo que se nos ha enseñado acerca de la Edad de la Fe. ¿Por qué no hemos de seguir creyendo que las diferencias entre la sociedad europea del año 1500 y la del año 500 fueron resultado de una larga serie de pequeños cambios, con algunos periodos de mayor aceleración pero sin cambios radicales en una sola generación o en un solo siglo? ¿Por qué no seguir creyendo que las ciudades fueron gradualmente fundadas (o resurgieron) a lo largo de 10, de cinco o al menos tres siglos, y no súbitamente, sobre 80 o 90 años; que el Papa llegó a ser supremo juez y legislador en la Iglesia gradualmente a lo largo de 10 siglos, y no de súbito en tres generaciones; que el emperador y los reyes de Europa fueron perdiendo gradualmente sus funciones y su carácter taumatúrgico, no como resultado de un abierto conflicto político y religioso, sino de cambios paulatinos en las actitudes?"

Un estudio de los orígenes de la tradición jurídica occidental corregiría este prejuicio ideológico en favor del cambio paulatino. Dado que el derecho se modifica con mayor lentitud que casi ninguna otra institución política, no esperaríamos, habitualmente, cambios rápidos y espectaculares en un sistema legal. No obstante, todo el que investigue alguno de los sistemas jurídicos de Europa, primero en el periodo de 1000-1050, y luego en el de 1150-1200, encontrará una enorme transformación. Y esto puede decirse, ante todo, de la ley de la Iglesia.

Desde luego, hablar de un cambio revolucionario dentro de la Iglesia de Roma es desafiar la opinión ortodoxa (aunque no la ortodoxa oriental) de que la estructura de la Iglesia católica romana es resultado de una gra-

dual elaboración de elementos que habían estado presentes desde tiempos muy antiguos. Ésta fue, en realidad, la visión oficial de los reformadores católicos de finales del siglo XI y comienzos del XII: dijeron que se remontarían a una tradición anterior que había sido traicionada en los últimos tiempos. De hecho, el mito del retorno a una época pasada es el sello de todas las revoluciones europeas. También Lutero predicó un retorno a los principios del cristianismo que después habrían sido traicionados por el papado. Los puritanos ingleses, encabezados por Cromwell, predicaron una restauración de las "antiguas libertades inglesas" después de 150 años de despotismo de los Tudor. La Revolución francesa se remontó a la Antigüedad clásica y a un estado de naturaleza para combatir el feudalismo y los privilegios aristocráticos. Los bolcheviques rusos predicaron un retorno a la sociedad sin clases de las tribus primitivas previas al establecimiento de la propiedad.

Y, a pesar de todo, una transformación radical de un sistema jurídico es cosa paradójica, ya que uno de los propósitos fundamentales de la ley es ofrecer estabilidad y continuidad. Más aún, el derecho —en todas las sociedades— recibe su autoridad de algo que está fuera de sí mismo, y si un sistema jurídico pasa por cambios rápidos, entonces inevitablemente se plantean preguntas sobre la legitimidad de las fuentes de su autoridad. En el derecho, el cambio súbito en grande escala —el cambio revolucionario— es, de hecho, "antinatural". Y cuando ocurre, hay que hacer algo para impedir que vuelva a suceder. El nuevo derecho debe quedar firmemente establecido; debe ser protegido contra los peligros de otra discontinuidad. Y toda innovación debe quedar limitada a cambios paulatinos.

Éste ha sido, al menos, el curso del desarrollo jurídico occidental después de las transformaciones revolucionarias en gran escala que periódicamente ha sufrido, empezando a fines del siglo XI y comienzos del XII. Se le ha dado una dimensión histórica al nuevo sistema jurídico establecido por la revolución. En primer lugar, se considera que el nuevo sistema jurídico está arraigado históricamente en los hechos que lo produjeron. En segundo lugar, se considera que ha cambiado no sólo como respuesta a circunstancias nuevas, sino también de acuerdo con alguna pauta histórica. Se piensa que el derecho es un fenómeno histórico; que tiene lo que nosotros podemos llamar historicidad. No sólo debe evolucionar, sino también verse que evoluciona.

Sin embargo, la historicidad del derecho occidental no ha impedido el periódico estallido de revoluciones violentas que, desde luego, con el tiempo han retornado a la tradición jurídica histórica, pero al mismo tiempo la han transformado y enviado por nuevos derroteros.

La historicidad del derecho en Occidente no debe confundirse con el historicismo, en el sentido de esclavitud al "ciego poder" (según la expresión de Nietzsche) del pasado. No sólo el partidario de la escuela histórica de filosofía jurídica, sino también el positivista y el teórico del derecho natural

o, para el caso, el escéptico que cree que el derecho es, simplemente, el capricho del más fuerte, todos enfrentan instituciones y procedimientos jurídicos, valores jurídicos y conceptos y reglas legales que tienen, de hecho, una dimensión histórica. Obtienen su significado, en parte, de su historia. En ningún sistema jurídico occidental basta con intentar interpretar o explicar una regla legal (o concepto o valor o institución) apelando solamente a la lógica o a la comunidad o a la justicia; también se la debe interpretar y explicar, en parte, apelando a las circunstancias que la hicieron nacer y al curso de los acontecimientos que sobre ella han influido con el paso del tiempo. El método dogmático, el método político y el método de la equidad, siempre pueden ser complementados por el método histórico de su interpretación. La pluralidad de las fuentes del derecho protege así la historicidad y, al mismo tiempo, ayuda a rechazar un historicismo ciego.

El historicismo ciego también se ve frustrado por la pluralidad de historias imbricadas que constituyen la civilización occidental. No es "el pasado" en un sentido monolítico el que constituye la dimensión histórica del derecho, sino, antes bien, los tiempos pasados de las varias comunidades en que cada persona vive, y de los diversos sistemas legales que han producido esas comunidades. La "historia" se vuelve tiránica sólo cuando los diferentes regímenes legales de todas esas comunidades —local, regional, nacional, étnico, profesional, político, intelectual, espiritual y otros— han sido devorados por el derecho de la nación-Estado.

Éste es, de hecho, el más grande peligro inherente al nacionalismo contemporáneo. Las naciones de Europa, que se originaron en su interacción en el marco de la cristiandad occidental, se distanciaron más y más unas de otras en el siglo XIX. Con la primera Guerra Mundial se apartaron violentamente y destruyeron los lazos comunes que las habían mantenido unidas, aunque fuese precariamente. Y a finales del siglo XX aún sufrimos por la historiografía nacionalista que se originó en el XIX y que apoyó la desintegración de una común herencia jurídica occidental.

El surgimiento en el siglo pasado de la llamada historia científica, es decir, de la investigación sistemática y laboriosa de los hechos —que se ha querido sintetizar en la célebre frase de Ranke *"wie es eigentlich gewesen ist"* ("cómo ocurrió en realidad")— coincidió con el surgimiento del nacionalismo más intenso que Europa hubiese experimentado. Simplemente, se supuso que historia significaba historia nacional. La historia debía ser objetiva, pero debía ser la historia de la nación. En nuestro siglo ha habido cierto cambio al respecto. Los historiadores sociales y económicos se encontraron entre los primeros en derribar la barrera nacionalista y escribir acerca del Occidente en conjunto. Después de la primera Guerra Mundial, este enfoque fue extendido por algunos a la historia política. Hasta la historia jurídica europea llegó a ser tratada en términos transnacionales, aunque la historia jurídica inglesa y la norteamericana permanecieran sorprendentemente aisladas.

Es lamentable que casi no se hayan hecho intentos por integrar la historia jurídica inglesa y norteamericana al panorama de los sistemas jurídicos occidentales. Esta integración se ha vuelto sumamente difícil por el aislacionismo de los historiadores de la jurisprudencia inglesa y norteamericana, quienes además han tratado el tema de sus respectivas disciplinas de tal manera que desconciertan al extranjero, al que, de otra manera, habrían tratado de introducir. Aun para el periodo en que todas las naciones de Occidente, incluso Inglaterra, se encontraban dentro de la Iglesia católica romana, y no sólo vivían bajo el mismo sistema de derecho eclesiástico, sino que también tenían los más directos nexos intelectuales, culturales y políticos entre sí, el derecho inglés sigue siendo tratado por muchos historiadores de la jurisprudencia como si se encontrase fuera de la historia europea. Estos historiadores logran sostener su orientación nacionalista concentrándose en el llamado derecho común inglés, es decir, el derecho aplicado en los tribunales reales de Common Pleas y King's Bench, pasando por alto otros cuerpos de ley y otras jurisdicciones que existían en la Inglaterra de la época. Pero hasta el derecho común inglés, en este sentido estrecho, era similar en muchos aspectos al derecho real o ducal de Sicilia, Francia, los ducados alemanes y otros países de Europa.

Una vez dijo Edmund Burke que "las leyes de todas las naciones de Europa se derivan de las mismas fuentes". Según él, Inglaterra era parte de Europa. Para cuando la historia de la jurisprudencia se había vuelto cuestión de investigación científica, en cambio, se habían roto los nexos históricos de Inglaterra con la Europa continental. Esto produjo un exagerado interés en aquellas instituciones, valores, conceptos y reglas jurídicas que distinguen el derecho inglés de otros sistemas jurídicos occidentales. Ahora que Inglaterra se ha unido a la Comunidad Económica Europea podrá surgir una revisión de la historia jurídica inglesa que subraye las instituciones, procedimientos, valores, conceptos y reglas jurídicas que Inglaterra comparte con otros sistemas jurídicos occidentales.

En 1888, en su conferencia inaugural de la cátedra Downing en la Universidad de Cambridge, Maitland planteó la pregunta de "por qué no se ha escrito la historia del derecho inglés". Su respuesta fue, primero, "por causa del tradicional aislamiento del estudio del derecho inglés, ante cualquier otro estudio", y segundo, porque "la historia implica una comparación, y el jurista inglés que no sabía nada, ni le importaba nada de ningún sistema que no fuese el suyo, casi nunca tenía a la vista siquiera la idea de una historia jurídica". Y añadió:

> Una de las causas de que tan poco se haya hecho por nuestro derecho medieval es, estoy seguro, nuestra completa y tradicional ignorancia ya consagrada del derecho francés y el alemán. Durante los últimos seis siglos, los abogados ingleses han exagerado esta unicidad de nuestra historia jurídica... Yo sé lo bastante para decir esto con toda confianza: que hay grandes masas de derecho medieval muy comparables a la nuestra.[8]

Derecho y revolución

La tradición jurídica occidental fue transformada en el curso de su historia por seis grandes revoluciones, tres de las cuales —la rusa, la francesa y la norteamericana— fueron llamadas revoluciones por quienes participaron en ellas, aunque el sentido de la palabra "revolución" fuese distinto en cada caso. Una cuarta, la Revolución inglesa, fue llamada revolución (la Revolución gloriosa) sólo cuando se acercaba a su fin en 1688-1689; en su etapa inicial (1640-1660) fue llamada la Gran Rebelión por sus enemigos, y una "restauración de la libertad" por sus amigos;[9] la segunda etapa (1660-1685) fue nombrada, por entonces, la Restauración, aunque algunos escritores de la época también la llamaran revolución. (Tal fue el primer uso moderno de la palabra "revolución", para identificar una importante alteración política; sin embargo, significaba un giro de la rueda, de regreso a un anterior sistema de gobierno.) Así, lo que la mayoría de los historiadores llaman hoy la Revolución inglesa consistió en tres "restauraciones" sucesivas.[10]

La quinta gran revolución —siguiendo hacia atrás en el tiempo— fue la Reforma protestante, que en Alemania cobró el carácter de revolución nacional, empezando por el ataque de Lutero al papado en 1517, y que terminó en 1555 con la frustración del Emperador por la Liga Protestante y el establecimiento de una paz religiosa entre los principados alemanes. La sexta, la Revolución papal de 1075-1122, que es el tema de este estudio, también fue llamada por entonces reforma, la *Reformatio* del papa Gregorio VII, que por lo general se ha traducido a los idiomas modernos como la Reforma gregoriana, ocultando así más aún su carácter revolucionario.

Se levantarán objeciones en contra de llamar revolución a la Reforma alemana, pese al hecho de que a menudo la llaman así los historiadores de las revoluciones, incluso muchos que no son marxistas. Aún más fuertes objeciones podrán hacerse al hecho de llamar revolución (o, tal vez, incluso, "reformación") a la Reforma gregoriana. Por tanto, conviene dar una explicación del uso de la palabra "revolución".

La historia de Occidente ha sido marcada por periodos recurrentes de trastornos violentos, en que el sistema prexistente de relaciones, instituciones, creencias, valores y metas políticos, legales, económicos, religiosos, culturales, sociales y otros ha sido derrocado y remplazado por otro nuevo. No hay ni la menor simetría en estos periodos de gran cambio histórico; y sin embargo, sí hay ciertas pautas o regularidades. Cada uno ha marcado

un cambio fundamental,
un cambio rápido,
un cambio violento,
un cambio duradero
en el sistema social en conjunto.

Cada uno ha buscado la legitimidad en
un derecho fundamental,
un pasado remoto,
un futuro apocalíptico.
Cada uno necesitó más de una generación para echar raíces.
Cada uno, con el tiempo, produjo
un nuevo sistema de derecho,
que encarnó algunos de los principales propósitos de la revolución,
y que modificó la tradición jurídica occidental,
pero, a la postre, se quedó dentro de esta tradición.

Por una parte, estos trastornos no fueron golpes de Estado ni rebeliones ni, por otra, series largas de cambios paulatinos que se acomodaran dentro del sistema prexistente. Fueron transformaciones fundamentales que se lograron relativamente pronto y con grandes luchas y pasiones.

Es apropiado emplear el término "revolución" —pese a todos los abusos de que ha sido víctima—[11] para referirse a esos periodos que han hecho época, a la luz de la connotación de violencia que va asociada a las revoluciones de los dos siglos pasados, especialmente la rusa, la francesa y la norteamericana. Aquí, el término "violencia" no se refiere a la fuerza legal impuesta por gobiernos establecidos por medio de policías o ejércitos, sino a la fuerza ilegal ejercida por individuos y grupos contra la autoridad establecida. Desde el punto de vista de la historia del derecho occidental tiene especial importancia reconocer que periódicamente, en la historia de Occidente, se ha ejercido esa fuerza ilegal para derrocar el orden establecido y que, con el tiempo, quienes subieron a puestos de autoridad como resultado de ese derrocamiento, crearon nuevos y perdurables sistemas de gobierno y de derecho. El sistema de gobierno y de derecho de cada nación de Occidente se remonta a una de esas revoluciones.

El término revolución se emplea para referirse no sólo a los hechos violentos iniciales con los cuales se introduce un nuevo sistema, sino también a todo el periodo requerido para que ese sistema eche raíces. Como lo ha subrayado Eugen Rosenstock-Huessy, se necesita más de una generación para hacer una revolución auténtica.[12]

Las seis grandes revoluciones fueron revoluciones "totales" por el hecho de incluir no sólo la creación de nuevas formas de gobierno, sino también nuevas estructuras de relaciones sociales y económicas, nuevas estructuras de relaciones entre Iglesia y Estado, y nuevas estructuras de derecho, así como nuevas visiones de la comunidad, nuevas perspectivas sobre la historia y nuevos conjuntos de valores y creencias universales.[13] "La reforma del mundo", que fue un lema de la Revolución papal, tuvo su equivalente casi exacto en cada una de las otras revoluciones. Desde luego, mucho de lo antiguo subsistió, y al cabo de algún tiempo aún más de lo anterior regresó, pero en cada revolución fue nueva la totalidad: el paradigma.

Vemos así que cada una de las seis revoluciones produjo un sistema de derecho nuevo o grandemente revisado, en el marco de lo que se había concebido como una transformación social absoluta. En realidad, hasta qué grado quedó encarnado su propósito en las nuevas leyes, es lo que señala el triunfo de la revolución.

Cada revolución representa el fracaso del antiguo sistema jurídico, que la revolución remplazó o modificó radicalmente. Estos sistemas fueron fracasos, aunque sólo fuera en el sentido de que, de hecho, fueron remplazados o radicalmente modificados. Uno de los primeros decretos del gobierno bolchevique de 1917 consistió en declarar que quedaba abolido todo el sistema legal prerrevolucionario. Por consiguiente, sólo se aplicarían los decretos del nuevo gobierno, y los huecos serían llenados por la "conciencia jurídica revolucionaria". La Revolución francesa también descartó, al principio, el sistema de legislación, administración y adjudicación del antiguo régimen. En los Estados Unidos, una vez conquistada la independencia, los demócratas lucharon contra la recepción del derecho inglés por los tribunales federales y estatales. En Inglaterra, el Parlamento Largo de 1640-1641 abolió el Tribunal de la Cámara Estrellada, el Tribunal de Alta Comisión y los otros "tribunales de prerrogativa" reales, y esta legislación fue puesta en vigor por el Parlamento de Carlos II en 1660; junto con la supremacía parlamentaria, un derecho común grandemente modificado se convirtió en la constitución no escrita de Inglaterra. Lutero quemó los libros de derecho canónico. El papa Gregorio VII denunció las leyes imperiales y reales que habían gobernado a la Iglesia, leyes que permitían que sacerdotes y obispos fuesen nombrados a sus cargos por las autoridades seculares, que cargos de la Iglesia pudieran comprarse y venderse y que los clérigos pudieran contraer matrimonio.

El antiguo derecho fue también un fracaso en otro sentido: demostró ser incapaz de responder oportunamente a los cambios que estaban ocurriendo en la sociedad. Si el gobierno zarista hubiese introducido una eficiente monarquía constitucional y hubiese redistribuido la tierra; si los reyes Borbones hubiesen desestablecido a la Iglesia, abolido los vestigios de feudalismo y permitido la creación de instituciones democráticas, si el rey Jorge III hubiese otorgado a los colonos norteamericanos todos los derechos de sus súbditos ingleses y, además, les hubiese permitido introducir instituciones democráticas; si los primeros reyes Estuardo hubiesen aceptado la supremacía del Parlamento; si el derecho canónico hubiese cedido, en el siglo XV, al conciliarismo y a otras presiones en favor de una reforma; si los emperadores y reyes del siglo XI hubiesen renunciado a tiempo a su supremacía sobre la Iglesia; en suma, si lo inevitable se hubiese previsto y se hubiesen hecho cambios fundamentales dentro del orden jurídico prexistente... entonces, puede suponerse que se habrían evitado las revoluciones. Cambiar *a tiempo* es la clave de la vitalidad de cualquier sistema jurídico que se enfrenta a una presión irresistible en favor del cambio. Una

revolución, en el sentido histórico del término, es un cambio rápido, discontinuo y violento, que hace estallar los límites de un sistema jurídico.

Bien puede ser que la incapacidad de prever cambios fundamentales y de incorporarlos a tiempo se deba a una contradicción inherente a la naturaleza de la tradición jurídica occidental, uno de cuyos propósitos es conservar el orden y, otro, hacer justicia. Se considera que el orden mismo sufre una tensión interna entre la necesidad de cambio y la necesidad de estabilidad. También la justicia se ve en términos dialécticos, incluyendo una tensión entre los derechos de los individuos y el bienestar de la comunidad. La realización de la justicia ha sido proclamada un ideal mesiánico del derecho mismo, asociado originalmente (en la Revolución papal) con el Juicio Final y el Reino de Dios, y luego (en la Revolución alemana) con la conciencia cristiana; más adelante (en la Revolución inglesa) con el espíritu cívico, la equidad y las tradiciones del pasado; aún más adelante (en las revoluciones francesa y norteamericana) con la opinión pública, la razón y los derechos del hombre, y, más recientemente (en la Revolución rusa), con el colectivismo, la economía planificada y la igualdad social. Fue, ante todo, el ideal mesiánico de justicia el que encontró expresión en las grandes revoluciones. El derrocamiento del anterior *derecho como orden* fue justificado como el establecimiento de un *derecho como justicia* más fundamental. Fue la idea de que el derecho estaba traicionando su propósito y su misión últimos la que produjo cada una de las grandes revoluciones.

Thomas Kuhn ha explicado las grandes revoluciones ocurridas en la ciencia, como las revoluciones copernicana, newtoniana y einsteiniana, diciendo que son resultado de crisis que ocurren periódicamente, cuando no pueden explicarse esos fenómenos por los simples postulados básicos de la ciencia establecida, y por tanto, son tratados como anomalías, y entonces se descubre que requieren nuevos postulados básicos. Éstos se han inventado para explicar como "natural" lo que antes era considerado simplemente "anómalo" y se convierten, como lo ha mostrado Kuhn, en el meollo de un nuevo "paradigma" científico.[14] La interacción de revolución y evolución en el derecho occidental ofrece un notable paralelismo con la interacción de revolución y evolución en la ciencia occidental. En el derecho occidental, como en la ciencia occidental, se presupone que ocurrirán cambios de datos —lo "dado", las condiciones—, que estos cambios serán asimilados al sistema o paradigma existente, que si no son asimilados serán aceptados como anomalías, pero si demasiados de ellos parecen incapaces de tal asimilación, entonces, en cierto punto, el sistema mismo requerirá un cambio drástico. En la ciencia, la vieja verdad acaso tenga que dejar el lugar a una nueva. En el derecho, la vieja justicia quizás tenga que dejar el lugar a una nueva.

De este modo, las grandes revoluciones de la historia política, económica y social de Occidente representan explosiones que ocurrieron cuando el sistema jurídico resultó demasiado rígido para asimilar condiciones nuevas. Algunos escritores han tratado estas explosiones históricas como una especie de "cáncer" recurrente en la sociedad occidental, como una "fiebre" que debe seguir todo su curso.[15] Sin embargo, eso sólo nos revela una cara de la historia, y no la más importante. También constituyeron una gran liberación de energía que, desde luego, destruyó gran parte del pasado, pero además creó un nuevo futuro. A la postre, cada una de las grandes revoluciones puede considerarse no tanto un rompimiento cuanto una transformación. Cada una tuvo un compromiso con el pasado, pero también logró producir un nuevo tipo de derecho que encarnó muchos de los principales propósitos por los que se había luchado.

El hecho de subrayar la dimensión legal de las grandes revoluciones —su rechazo del orden jurídico prexistente y su aportación última a un nuevo tipo de derecho— no minimiza, sino, por lo contrario, realza la importancia de sus dimensiones sociales de carácter político, económico, religioso, cultural y otros. Los cambios fundamentales del derecho inevitablemente han ido entrelazados con cambios esenciales en otros elementos estructurales de la vida social. En particular, en la Revolución papal de fines del siglo XI y comienzos del XII, la reforma al derecho estuvo íntimamente relacionada con toda la gama de "cambios muy profundos y muy difundidos" de esa época (en palabras del gran historiador social y económico Marc Bloch), que "afectaron todos los aspectos de la actividad social".[16] Además, llamar Revolución papal a esta transformación total no limita su alcance a cosas como la lucha por el dominio del papa sobre la Iglesia y por la liberación de la Iglesia, bajo el papado, de todo el dominio secular, sino que, por lo contrario, incluye en su esfera todos los cambios interrelacionados que a la sazón ocurrieron. El nuevo concepto papal de la Iglesia, como lo ha dicho Joseph R. Strayer, "casi exigió la invención del concepto de Estado".[17] La revolución del derecho estuvo directamente relacionada con la revolución *en* la Iglesia y la revolución *de* la Iglesia, que a su vez estuvieron directamente conectadas con la revolución en la agricultura y el comercio, el surgimiento de ciudades y de reinos como entidades territoriales autónomas, el surgimiento de las universidades y del pensamiento escolástico, y otras grandes transformaciones que acompañaron el nacimiento de Occidente, como se consideró a sí mismo —y como fue considerado por otros— durante los ocho siglos siguientes, y más. El nombre Revolución papal no debe verse sin importancia; como el nombre "Revolución puritana", aplicado a la historia inglesa de 1640 a 1660, señala más de lo que señala en sí mismo.

El periodo de la Revolución papal no se limita a los relativamente pocos años de su apogeo, por decirlo así, durante el pontificado de Gregorio VII, así como el de la Revolución rusa no está limitado a los pocos años en que Lenin llevó a los bolcheviques al poder y combatió a sus enemigos. Podemos fechar la Revolución papal a partir de 1075 —cuando Gregorio proclamó la

supremacía papal sobre toda la Iglesia y la independencia eclesiástica del poder secular y la superioridad sobre él—, y hasta 1122, cuando por fin se llegó a un compromiso entre la autoridad papal y la imperial. Sin embargo, ni aun entonces las repercusiones cesaron; las fuerzas desencadenadas por estos hechos continuaron teniendo efecto durante siglos.

Muchos historiadores eluden las explicaciones que requieren tan largos periodos. Preferirían atribuir las condiciones dadas a causas que son contemporáneas, o que preceden inmediatamente a esas condiciones. Y sin embargo, si la pregunta se plantea con claridad, es difícil negar que las condiciones actuales a menudo están determinadas, en grado importante, por hechos ocurridos varios siglos antes. Por ejemplo, si tratamos de explicar la crisis de las relaciones raciales en los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XX, no podremos omitir la Declaración de Independencia de 1776, la resolución de la cuestión de la esclavitud en la Constitución de 1789 y la Guerra Civil de 1861-1864. Sin duda, la Revolución norteamericana desencadenó fuerzas que resultaron en la emancipación de los esclavos y, a la postre, en la lucha por los derechos civiles.

El carácter occidental de las revoluciones nacionales

Como la Reforma protestante en Alemania, también las revoluciones inglesa, norteamericana, francesa y la rusa fueron, desde luego, revoluciones nacionales. En contraste, la Revolución papal fue una revolución transnacional, una revolución por toda Europa en nombre del clero, encabezado por el papa, contra la dominación imperial, real y feudal. Sin duda, la Revolución papal puede ser considerada occidental o europea, pero ¿es apropiado caracterizar del mismo modo a las revoluciones nacionales? Hay que establecer dos argumentos con respecto a esta pregunta, que son vitales para un entendimiento de la Revolución papal.

Primero, todas las revoluciones nacionales a partir del siglo XVI —exceptuando la norteamericana— fueron dirigidas en parte contra la Iglesia católica romana (o, en Rusia, la ortodoxa), y todas ellas pasaron grandes porciones del derecho canónico de la Iglesia al Estado nacional, secularizándolas así. Por tanto, al estudiar los sistemas jurídicos, tanto eclesiástico como secular, que se crearon a finales del siglo XI y durante los siglos XII y XIII bajo el efecto de la Revolución papal, hay que tener en cuenta que incontables elementos de esos sistemas acabaron por pasar al derecho secular de todas las naciones europeas, bajo el efecto de las revoluciones nacionales. En este respecto, las revoluciones nacionales tuvieron un carácter internacional.

En segundo lugar, todas las grandes revoluciones nacionales de Occidente también fueron, por su naturaleza misma, revoluciones occidentales. Cada una de ellas fue preparada en varios países. La Reforma protestante fue preparada por Wiclef en Inglaterra y por Hus en Bohemia, así como por activos movimientos en cada país de Europa, antes de estallar en Alemania. El movimiento puritano de Inglaterra no sólo se basó en las enseñanzas anteriores del reformador franco-suizo Juan Calvino, sino que también tuvo nexos directos con otros movimientos calvinistas de Holanda y otros lugares del continente. La Ilustración del siglo XVIII fue un fenómeno de todo el Occidente, que formó la base ideológica no únicamente de las revoluciones norteamericana y francesa, sino también de la agitación por un cambio radical en Inglaterra y otros países. La Revolución rusa nació en el movimiento comunista internacional, fundado por dos alemanes; sus raíces se encontraron en la Comuna de París de 1870.

De manera similar, las revoluciones nacionales tuvieron enormes repercusiones por todo el Occidente. El efecto inmediato de su estallido fue, invariablemente, una reacción de temor y hostilidad en otros países: temor a que cundiera el virus revolucionario, hostilidad hacia la nación que era su portadora. Con el tiempo, al cabo de 20 o 30 años, cuando la revolución se había ya establecido en su patria, los otros países aceptaron una tibia versión de ella. De este modo, después que la Revolución luterana se había aplacado en Alemania, monarquías absolutas con un poderoso servicio civil aparecieron en Inglaterra, Francia y otros países; después que la Revolución puritana cesó en Inglaterra, monarquías constitucionales e instituciones cuasi parlamentarias brotaron en el continente europeo a finales del siglo XVII y comienzos del XVIII; después que las revoluciones francesa y norteamericana habían cesado, los ingleses aumentaron su electorado para incluir a la clase media, en 1832; y después que se aplacó la Revolución rusa aparecieron gobiernos "socialistas" o de "nuevo trato", durante la década de 1930, en Europa occidental y los Estados Unidos.

Algo más importante: aunque a partir del siglo XVI las instituciones políticas de las diversas naciones de Europa se volvieron más claramente nacionales y menos europeas, conservaron su carácter occidental. Esto fue cierto pese al hecho de que los tribunales seculares y el derecho secular comprimieron los tribunales eclesiásticos y el derecho canónico en una jurisdicción cada vez más estrecha y, además, hasta la Iglesia católica romana fue cada vez más nacionalizada.

No obstante, había muchos lazos comunes entre los diversos sistemas jurídicos nacionales. Todos ellos comparten algunos modos básicos de catalogación. Por ejemplo, todos buscan un equilibrio entre legislación y adjudicación y, en la adjudicación, entre el derecho del código y el derecho judiciales precedentes. Establecen una marcada división entre el derecho penal y el derecho civil. En todos ellos se analizan los delitos (como fueron analizados inicialmente por Abelardo, a comienzos del siglo XII) por acción, intención o negligencia, causa, deber y conceptos similares. En todos ellos, las obligaciones civiles son divididas, expresa o implícitamente, en contrato, delito civil y enriquecimiento injusto (cuasicontrato). Detrás de éstas y

de muchas otras categorías analíticas comunes se encuentran políticas comunes y valores comunes. Por ejemplo, en el decenio de 1930, cuando un estatuto de la Alemania nacionalsocialista declaró delito punible todo acto que "merezca castigo según el sano sentir popular *(gesundes Volksgefühl)*", esto fue considerado como una violación del tradicional concepto occidental de legalidad; y la Corte Permanente de Justicia Internacional derogó una ley similar de la ciudad libre de Gdansk, que se basaba en el estatuto alemán, declarándolo contrario a la soberanía del derecho *(Rechtsstaat)*.

La búsqueda del milenio

Un elemento clave de cada una de las grandes revoluciones de la historia occidental fue su visión apocalíptica del futuro. Cada una fue más que un programa político, hasta más que una lucha apasionada por reformar el mundo. Cada una representó también la fe en una escatología y un compromiso con ella, un sueño mesiánico de un tiempo final, una convicción de que la historia avanzaba hacia un desenlace último. En el caso de las revoluciones católica romana, luterana y puritana, la escatología se expresó en términos bíblicos. Los revolucionarios cristianos previeron "un nuevo cielo y una nueva tierra". Anhelaron la realización de la profecía de mil años de paz en la tierra, entre la Segunda Venida y el Juicio Final. "Luego... vi la Ciudad Santa, la nueva Jerusalén, que bajaba del cielo, de junto a Dios..., porque el mundo viejo ha pasado. Entonces dijo el que está sentado en el trono: 'Mira que hago un mundo nuevo'..." (*Ap.* 21:1-5). En el caso de las revoluciones norteamericana, francesa y rusa, la escatología fue secular: una nueva y final época de libertad e igualdad, el fin de la larga historia humana de opresión, la alborada de una sociedad justa.

En su libro *The Pursuit of the Millennium*, Norman Cohn ha escrito sobre una diferente clase de "milenarismo revolucionario", como él lo nombra. Ha llamado la atención hacia los numerosos movimientos quiliastas entre los "pobres desarraigados" de la Europa occidental de los siglos XI a XVI. Éstos incluyeron las Cruzadas Populares, los movimientos de los flagelantes, la herejía del Espíritu Libre, algunas revueltas campesinas y los taboritas. Casi todos ellos estuvieron mal organizados, fueron espontáneos o bien anarquistas o comunistas, o ambas cosas. Escribe Cohn:

> Es característico de este tipo de movimiento que sus metas y premisas sean infinitas. Una lucha social es vista [por los participantes] no como la lucha por alcanzar objetivos específicos y limitados, sino como... un cataclismo del cual habrá de salir el mundo totalmente transformado y redimido.[18]

La diferencia entre lo que Cohn ha descrito y lo apocalíptico de las grandes revoluciones —de las grandes revoluciones *triunfantes*— de la historia occidental es que los objetivos y premisas de estas últimas fueron, a la vez, ilimitados y limitados; sus objetivos no sólo eran universales e ilimitados, sino también específicos y limitados. Eran milenarios, pero también fueron bien organizados y políticamente avanzados. El vivo y perceptivo retrato que hace Cohn de los movimientos milenarios de un tipo específico lo ha llevado a él y a otros a compararlos con los modernos movimientos revolucionarios, de derecha y de izquierda.[19] Sin embargo, las raíces históricas de al menos algunos de los movimientos modernos, y especialmente del "milenarismo" comunista de los siglos XIX y XX, no se encuentran en los movimientos desenfrenados que Cohn describe, sino en las revoluciones triunfantes en cuyas márgenes aparecieron.

Las revoluciones triunfantes también se basaron en una escatología cristiana, fundamentada a su vez en la visión judaica de una historia que avanza hacia un desenlace final, hacia un clímax. En contraste con los otros pueblos indoeuropeos, incluyendo a los griegos, quienes creían que el tiempo avanzaba en ciclos recurrentes, el pueblo hebreo concibió el tiempo como algo continuo, irreversible e histórico que, en el fin, conduciría a la redención última. Sin embargo, también creyó que el tiempo tiene periodos dentro de sí. No es cíclico, sino que puede ser interrumpido o acelerado. Se desarrolla. El Antiguo Testamento es una historia no sólo de cambios, sino de desarrollo, de crecimiento, de avance hacia la época mesiánica: un movimiento muy desigual, desde luego, con grandes retrocesos pero, a pesar de todo, un *avance*. No obstante, el cristianismo añadió un elemento importante al concepto judaico del tiempo: el de transformación de lo viejo en lo nuevo. La Biblia hebrea se volvió el Antiguo Testamento. Su significado se alteró por su realización en el Nuevo Testamento. En la historia de la Resurrección, la muerte se transformó en un nuevo comienzo. Los tiempos no sólo se aceleraron, sino que se regeneraron. Esto introdujo una nueva estructura de la historia, en la que había una transformación fundamental de una época en otra. Se creía que esta transformación sólo podía ocurrir una vez: la vida, la muerte y la resurrección de Cristo eran vistas como la única gran interrupción en el curso del tiempo lineal, desde la creación del mundo hasta su último fin.

Así, el concepto cristiano de renovación se basa en la fe en el fin del mundo; también se basa en la idea de que el fin es inminente; está "a la mano".

> El sentido cristiano de la historia [escribe Norman O. Brown], es el sentido de vivir en los últimos días. Pequeños, es la última hora. Toda la época cristiana está en los últimos días... La plegaria cristiana pide el fin del mundo: que venga pronto. Su objeto es llevar este mundo a su fin; la única pregunta es cómo. Y aquí, un error podría ser muy costoso.[20]

Rosenstock-Huessy ha mostrado cómo la creencia en un tiempo final, el fin del mundo, ha influido sobre las grandes revoluciones de la historia

occidental. Cada una de esas revoluciones convirtió la experiencia de muerte y regeneración en un concepto diferente de la nación y de la Iglesia.[21] Cuando la escatología cristiana fue descartada por la Ilustración y por la teología liberal en los siglos XVIII y XIX, ocupó su sitio una escatología secular. Escribe Rosenstock-Huessy: "Ningún pueblo puede vivir sin fe en la victoria última de algo. Así, mientras dormía la teología, los legos se trasladaron a las otras fuentes de las Cosas Últimas": a la escatología de Carlos Marx, por una parte, y a la de Federico Nietzsche, por la otra.[22]

Antes del gran movimiento de reforma del siglo XI, la Iglesia, en Oriente como en Occidente, había enseñado que el tiempo final no está en este mundo, el mundo material, sino en el mundo espiritual: no en el tiempo histórico, sino en la eternidad. Éste fue uno de los principales puntos del contraste establecidos por San Agustín entre la ciudad terrenal y la ciudad de Dios. La ciudad terrenal está en perpetua decadencia. Quienes viven en el tiempo final ya no son de este mundo. Para Agustín, la misma palabra, *saeculum*, significaba "el mundo" y "tiempo". El *saeculum* no tenía esperanzas de redención. Sólo podía ser abandonado para irse al reino del espíritu. San Agustín y la Iglesia en general, en los primeros diez siglos, estuvieron en contra de los movimientos milenaristas revolucionarios del tipo descrito por Cohn, que trataban de transformar las realidades sociales y políticas y económicas del aquí y el ahora en un reino celestial del espíritu. Se consideró que el renacer del creyente cristiano en particular, así como la regeneración de la humanidad, sólo se referían al alma eterna, la cual experimentaba ese renacer o regeneración "muriendo para este mundo": ante todo, por medio de la vida monástica.

De manera similar, cuando el cristianismo llegó a los pueblos germánicos de Europa occidental, se presentó como una fe en otro mundo, a la que le preocupaban lo sagrado y lo santo, y que tenía muy poco que decir a la estructura militar, política y económica de poder existente, a no ser para devaluarla.

A finales del siglo XI y comienzos del XII, por primera vez la regeneración pareció aplicable también a la sociedad secular. Los reformadores se colocaron al comienzo y al fin de un nuevo tiempo secular: proyectaron de regreso al pasado, para proyectar hacia adelante, al futuro. Se vieron en un punto de cambio de la historia, el comienzo de una nueva época que, según creyeron, sería la última época antes del Juicio Final. Ésta era una nueva interrupción dentro de la época cristiana. Combinaba la idea cíclica griega de un retorno con la idea hebrea de un avance lineal hacia un fin predestinado, y la anterior idea cristiana acerca de un nacimiento o renacimiento espiritual.

Cada una de las grandes revoluciones, a partir de la Revolución papal de 1075, estableció una marcada división entre lo anterior, "lo antiguo", y lo que llegó con ella o después de ella, "lo nuevo". Cada una colocó, asimismo, lo viejo y lo nuevo histórico dentro de un marco de creación original, o estado de naturaleza, y un último fin, una victoria última. Sin la fe en que este mundo, estos tiempos, las instituciones seculares de la sociedad humana, pudieran regenerarse —y que semejante regeneración llevaría a la realización del destino último del hombre— no habrían podido ocurrir las grandes revoluciones de la historia occidental.

Más explícitamente, la fe en la capacidad del hombre para regenerar el mundo y la necesidad de que lo hiciera para realizar su destino último ofreció una base tanto para un ataque consciente al orden existente como para el establecimiento consciente de un orden nuevo. Lo sagrado se utilizó como medida para evaluar el orden secular. Así, los reformadores del siglo XI empezaron a juzgar a emperadores y reyes y señores según principios derivados del derecho divino y el derecho natural. El partido papista denunció al emperador por traicionar su cargo de dirigente de la Iglesia, y afirmó que no llevaba este título. Tal fue el desafío de Daniel a Nabucodonosor: "Mené, Mené, Tequel y Parsín... Tequel, has sido pesado en la balanza y encontrado falto de peso" *(Dn.* 5:25, 27). La "libertad de la Iglesia", el lema de la Revolución papal, se justificó como voluntad de Dios y, así, en todos los grandes periodos revolucionarios ulteriores de la historia universal se han invocado normas trascendentes contra la estructura de poder existente. Cuando Carlos Marx (citando a Proudhon) dijo: "la propiedad es un robo", estaba hablando, de acuerdo con la milenaria tradición occidental: todo el sistema económico y político fue pesado en la balanza del tiempo último, el *escatón*, y encontrado falto de peso.

El derecho revolucionario

La fe revolucionaria en el fin de los tiempos, el milenio final, nos ayuda a explicar no sólo el derrocamiento del antiguo derecho, sino también la encarnación de la revolución en un nuevo sistema de derecho. Esto no pudo ocurrir de un solo golpe. Ninguna de las grandes revoluciones logró abolir la ley prerrevolucionaria desde el primer día, y establecer un nuevo y permanente sistema de derecho revolucionario, el segundo día. Por ejemplo, en 1917 los bolcheviques declararon abolida la herencia, pero al mismo tiempo pusieron en vigor un decreto para que las fincas que tuviesen un valor hasta de 10 000 rublos en oro continuaran pasando a los herederos, según las antiguas reglas, hasta que pudiese encontrarse un sistema para administrar las fincas más pequeñas. Sin embargo, resultó imposible elaborar un sistema por el cual el Estado pudiese, efectivamente, heredar una vaca, mobiliario, objetos de arte o aun dinero. Se recurrió entonces a un altísimo impuesto a la herencia; pero esta medida acabó por entrar en conflicto con los esfuerzos por promover la estabilidad familiar, y fácilmente fue evadida mediante donativos anteriores a la muerte.

Cada una de las grandes revoluciones experimentó un periodo interino en que, en rápida sucesión, se proclamaron nuevas leyes, decretos, revoluciones y órdenes que con igual rapidez fueron enmendados, rechazados o remplazados. Sin embargo, con el tiempo cada una de las grandes revoluciones hizo las paces con el derecho prerrevolucionario y restauró muchos de sus elementos, incluyéndolos en un nuevo sistema que reflejaba las principales metas, valores y creencias, por las que se había luchado en la revolución. De este modo, los nuevos sistemas de derecho establecidos por las grandes revoluciones transformaron la tradición jurídica, mientras permanecían dentro de ella.

La Reforma luterana, y la revolución de los principados alemanes que la encarnó, rompieron con el dualismo católico romano del derecho eclesiástico y secular, quitando toda legalidad a la Iglesia. Donde triunfó el luteranismo, la Iglesia llegó a ser concebida como invisible, apolítica, alegal; y la única soberanía, la única ley (en el sentido político) era la del reino o principado secular. En efecto, poco antes de esta época Maquiavelo había empleado la palabra "estado" en un sentido nuevo, para denotar el orden social puramente secular. En cierto sentido, los reformadores luteranos fueron maquiavélicos: desconfiaron de la capacidad del hombre para crear un derecho humano que reflejara la ley eterna, y explícitamente negaron que correspondiera a la Iglesia crear un derecho humano. Este escepticismo luterano hizo posible el surgimiento de una teoría del derecho —el positivismo legal— que considera la ley del Estado como moralmente neutra, como un medio y no como un fin, como un recurso para manifestar la política del soberano y para asegurar que se le obedezca. Sin embargo, la secularización del derecho y el surgimiento de una teoría positivista del derecho son solamente una cara de la historia de la aportación de la Reforma luterana a la tradición jurídica occidental. La otra cara tiene igual importancia: al liberar el derecho de la doctrina teológica y de toda influencia eclesiástica directa, la Reforma le permitió pasar por un desarrollo nuevo y brillante. En palabras del gran jurista e historiador alemán Rudolf Sohm: "La reforma de Lutero fue una renovación, no sólo de la fe, sino también del mundo: tanto el mundo de la vida espiritual como el mundo del derecho."[23]

La clave de la renovación del derecho en Occidente a partir del siglo XVI fue el concepto luterano del poder del individuo, por la gracia de Dios, para cambiar la naturaleza y para crear nuevas relaciones sociales mediante el ejercicio de su voluntad. El concepto luterano de la voluntad individual llegó a ocupar un lugar central en el desarrollo del moderno derecho de la propiedad y el contrato. Desde luego, ya había habido desde hacía varios siglos una ley, elaborada y compleja, de la propiedad y del contrato, tanto en la Iglesia como en la comunidad mercantil, pero en el luteranismo cambió su enfoque. Las viejas reglas fueron colocadas en un nuevo molde. La naturaleza se volvió propiedad. Las relaciones económicas se volvieron contrato. La conciencia se volvió voluntad e intención. El

último testamento, que en la temprana tradición cristiana había sido ante todo un medio de salvar almas por dones caritativos, se volvió, básicamente, una forma de controlar las relaciones sociales y económicas. Por la escueta expresión de su voluntad, de su intención, los testadores podían disponer de sus propiedades después de la muerte, y los empresarios podían arreglar sus relaciones de negocios por medio de contratos. Los derechos de propiedad y contrato así creados serían considerados como sagrados e inviolables, siempre que no contravinieran las conciencias. La conciencia era lo que les daba su santidad. Y así, la secularización del Estado, en el limitado sentido de librarlo de controles eclesiásticos, fue acompañada por una espiritualización y hasta por una santificación de la propiedad y del contrato.

Por tanto, no es cierto que el luteranismo no haya puesto límites al poder político de los monarcas absolutos que gobernaron Europa en el siglo XVI. Se consideró que el desarrollo del derecho positivo se fundamentaba, en última instancia, en el solo príncipe, pero se presupuso que al ejercer su voluntad, él respetaría las conciencias individuales de sus súbditos, y que eso significaba también respetar sus derechos de propiedad y de contrato. Esta presuposición se basaba —precariamente, desde luego— en cuatro siglos de la historia en que la Iglesia había logrado cristianizar el derecho hasta un grado notable, dados los niveles de la vida cultural de los pueblos germánicos en sus principios. De este modo, un positivismo luterano que separa el derecho de la moral niega a la Iglesia el papel de legisladora, y encuentra que la sanción última de la ley en la coerción política presupone, no obstante, la existencia de una conciencia cristiana entre el pueblo y un Estado encabezados por gobernantes cristianos.

Una forma ligeramente posterior de protestantismo, el calvinismo, también tuvo profundos efectos sobre el desarrollo del derecho occidental, sobre todo en Inglaterra y los Estados Unidos. Los puritanos adoptaron el concepto luterano de la santidad de la conciencia individual y, asimismo, en el derecho, la santidad de la voluntad individual reflejada en derechos de propiedad y de contrato. Pero subrayaron dos elementos que en el luteranismo estaban subordinados: primero, una fe en el deber de los cristianos en general, y no sólo de los gobernantes cristianos, de reformar el mundo;[24] y, segundo, una fe en la congregación local, encabezada por sus ministros elegidos y sus ancianos, como sede de la verdad, una "camaradería de creyentes activos" superior a toda autoridad política.[25] Las congregaciones puritanas activas, empeñadas en reformar el mundo, estaban dispuestas a desafiar los más altos poderes de la Iglesia y del Estado al reafirmar su fe, y lo hicieron así por motivos de conciencia individual, apelando también al derecho divino, a la ley mosaica del Antiguo Testamento y a conceptos de derecho natural, encarnados en la tradición jurídica medieval. Así como los primeros mártires cristianos habían fundado la Iglesia desobedeciendo el derecho romano, así también los puritanos del

siglo XVII, incluso hombres como John Hampden, John Lilburne, Walter Udall y William Penn, por su abierta desobediencia a la ley de Inglaterra, echaron los fundamentos para la ley inglesa y norteamericana de los derechos civiles y las libertades civiles, tal como está expresada en las respectivas constituciones de los dos países: libertad de expresión y de prensa, libre ejercicio de la religión, privilegio contra la auto-acusación, independencia del jurado ante todo dictado jurídico, el derecho de no ser aprisionado sin causa y muchos otros de tales derechos y libertades.[26] El congregacionalismo calvinista también echó la base religiosa de los modernos conceptos de contrato social y gobierno por consentimiento de los gobernados.[27]

El puritanismo en Inglaterra y los Estados Unidos, y el pietismo, su equivalente en el continente europeo, fueron los últimos grandes movimientos, dentro de la Iglesia institucional, en influir sobre el desarrollo del derecho occidental en algún sentido fundamental. En los siglos XVIII y XIX, tanto la Iglesia católica romana como las distintas denominaciones luteranas siguieron, desde luego, ejerciendo presión sobre el derecho en diversas direcciones. No cabe duda de que el cristianismo profético continuó desempeñando un papel de suma importancia para provocar la reforma de la ley: por ejemplo, en la abolición de la esclavitud, en la protección del trabajo y en la promoción de una legislación de bienestar general. Y sin duda, por otra parte, la religión organizada continuó apoyando el *statu quo*, cualquiera que éste fuese. Pero, al respecto, el factor significativo en el siglo XIX y aún más en el XX fue la reducción de la religión tradicional a nivel de cuestión personal y privada, sin una influencia pública sobre el desarrollo jurídico, mientras que otros sistemas de creencias —nuevas religiones seculares (ideologías, "ismos")— eran elevados al nivel de creencias apasionadas por las cuales el pueblo, colectivamente, no sólo estaba dispuesto a morir, sino a llevar una nueva vida.

Fueron las revoluciones norteamericana y francesa las que prepararon el escenario a las nuevas religiones seculares; es decir, a verter en los movimientos políticos y sociales seculares la psicología religiosa, así como muchas de las ideas religiosas que antes se habían expresado en diversas formas del catolicismo y el protestantismo. Al principio, se conservó una especie de ortodoxia religiosa, por medio de una filosofía deísta, la cual, sin embargo, tenía poco de esa filosofía que es el meollo de la fe religiosa. En realidad, lo religioso en los grandes espíritus revolucionarios de finales del siglo XVIII y del XIX —hombres como Rousseau o Jefferson— no fue su fe en Dios, sino su creencia en el hombre individual, su naturaleza, su razón y sus derechos. Las filosofías políticas y sociales que brotaron de la Ilustración eran religiones, porque atribuían un significado último y una santidad al espíritu individual; y también, hay que añadir inmediatamente, a la nación. La época del individualismo y del racionalismo también fue la del nacionalismo. El individuo era un ciudadano, y la opinión pública

resultó no ser la opinión de la humanidad, sino la opinión de los franceses, la opinión de los alemanes, la opinión de los norteamericanos.

Individualismo, racionalismo, nacionalismo —la Deidad Trina de la democracia— , encontraron su expresión jurídica en la exaltación del papel de la legislatura y en la consiguiente reducción (salvo en los Estados Unidos) del papel legislador de la judicatura; en la liberación de acciones individuales ante controles públicos, sobre todo en la esfera económica, en la exigencia de una codificación del derecho penal y civil, en el esfuerzo por hacer predecibles las consecuencias jurídicas de acciones individuales, especialmente, una vez más, en la esfera económica. Estos "postulados jurales" (como los habría llamado Roscoe Pound)[28] fueron considerados no sólo útiles, sino también justos, y no sólo justos, sino parte natural del universo. Se pensó que la vida misma derivaba su significado y su propósito de estos principios y otros afines de racionalidad jurídica, cuyas fuentes históricas en las doctrinas teológicas del derecho natural y de la razón humana eran evidentes.

La democracia liberal fue la primera gran religión secular en la historia occidental: la primera ideología que se divorció del cristianismo tradicional y, al mismo tiempo, tomó de éste a la vez su sentido de lo sagrado y algunos de sus principales valores. Pero, al volverse una religión secular, muy pronto la democracia liberal se encontró con un rival: el socialismo revolucionario. Y cuando, después de un siglo de actividad revolucionaria por toda Europa, el comunismo llegó al poder en Rusia en 1917, sus doctrinas habían adquirido la santidad de una revelación autorizada, y sus jefes el carisma de sumos sacerdotes. Además, el Partido Comunista tenía la intimidad, por una parte, y la austeridad, por la otra, de una orden monástica. No es casual que, durante las purgas ocurridas después de la segunda Guerra Mundial, los comunistas leales en Europa dijeran: "No hay salvación fuera del Partido".

Los postulados jurídicos del socialismo, aunque en muchos aspectos difieren de los de la democracia liberal, muestran antepasados comunes en el cristianismo. El Código Moral Soviético del Constructor del Comunismo, por ejemplo, que los niños de escuela soviéticos debían aprender de memoria, y que se tomó como base para la política jurídica soviética, contiene principios como "trabajo concienzudo por el bien de la sociedad: el que no trabaja, que no coma"; "preocupación de todos por la conservación y el desarrollo de la salud pública"; "colectivismo y ayuda mutua, todos para uno y uno para todos"; "probidad y sinceridad, pureza moral, modestia y nada de pretensiones en la vida social y personal"; "una actitud intransigente hacia la injusticia, el parasitismo, la falta de honradez, el arribismo y el afán de lucro"; "una actitud intransigente hacia los enemigos del comunismo"; "solidaridad fraternal con los trabajadores de todos los países y con todo el pueblo".[29] El derecho soviético nos recuerda en forma asombrosa al código puritano de la Colonia de la Bahía de Mas-

sachusetts, el Cuerpo de Libertades de 1641, en su manera de fustigar las desviaciones ideológicas, la holgazanería y la inmoralidad personal.[30] Además, el sistema soviético subraya el papel educativo del derecho y la participación popular en los procesos jurídicos y la aplicación de la ley por medio de Tribunales de Camaradas y Patrullas Populares, y al colocar a personas a cargo de la fábrica colectiva o del vecindario. Además, todo esto se hace en nombre de una escatología que prevé la desaparición última de la coerción y de la ley misma, conforme se cree una sociedad comunista en que cada quien tratará a todos los demás —otra vez en palabras del Código Moral del Constructor del Comunismo— como "camarada, amigo y hermano". Y no es contradictorio con esta visión utópica el hecho de que, para producirla, se adopten enérgicas medidas de coerción y de ley formal.

La crisis de la tradición jurídica occidental

El que la tradición jurídica occidental, como la civilización occidental en conjunto, esté sufriendo en el siglo XX una crisis mayor que ninguna anterior, no es algo que pueda probarse científicamente. Es algo que se conoce, en última instancia, por intuición. Yo sólo puedo atestiguar, por decirlo así, que siento que nos hallamos en mitad de una crisis sin precedente de los valores legales y del pensamiento legal, en que toda nuestra tradición jurídica está siendo desafiada, no sólo los llamados conceptos liberales de los últimos siglos, sino la estructura misma de la legalidad occidental, que data de los siglos XI y XII.

La crisis se está generando dentro de la experiencia occidental y a la vez desde fuera. Desde dentro, transformaciones sociales, económicas y políticas de magnitud sin precedente han ejercido una enorme presión sobre las instituciones jurídicas tradicionales, los valores y conceptos legales, virtualmente en todos los países de Occidente. No obstante, en el pasado ha habido periodos de trastorno revolucionario que también han amenazado con destruir elementos básicos de la tradición jurídica occidental y, no obstante, esa tradición ha sobrevivido. Lo que hoy es nuevo es el desafío a la tradición jurídica en conjunto y no sólo a elementos o aspectos particulares; y esto se manifiesta ante todo en la confrontación con civilizaciones no occidentales y filosofías no occidentales. En el pasado, el hombre occidental había llevado consigo su derecho, confiado, por el mundo. En cambio, el mundo de hoy desconfía —desconfía más que nunca— del "legalismo" occidental. El hombre del Oriente y el hombre del Sur ofrecen otras alternativas. El propio Occidente ha llegado a dudar de la validez universal de su visión tradicional del derecho, especialmente de su validez para culturas no occidentales. Un derecho que parecía "natural" ahora sólo parece "occidental". Y muchos están diciendo que ya es caduco, incluso para Occidente.

A veces, la crisis es considerada en términos un tanto menos apocalípticos, como un desafío no a principios fundamentales de la legalidad como se la interpretó en Occidente durante los últimos nueve siglos, sino, antes bien, a la aplicación de tales principios a circunstancias nuevas del siglo XX o, si acaso, como un desafío a ciertas variantes "liberales", o "burguesas" de la legalidad, que habían prevalecido desde el siglo XVIII o probablemente desde el XVII, o aun del XVI. Se dice que en todos los países de Occidente el derecho está apartándose de las suposiciones individualistas que acompañaron el cambio de lo "medieval" a un orden político, económico y social "moderno" y hacia una u otra clase de colectivismo. Desde este punto de vista, la crisis del derecho en el siglo XX es comparable en su alcance a crisis anteriores de la tradición jurídica occidental, como la que ocurrió después de la Revolución francesa de 1789, después de la Revolución inglesa de 1640 o después de la Revolución alemana de 1517. Se nos dice que así como estas revoluciones inauguraron una nueva época en que el derecho burgués o "capitalista" remplazó al derecho "feudal", así también la Revolución rusa de 1917 inauguró una nueva era en que el derecho "socialista" está remplazando al derecho burgués o capitalista.

Sin duda es verdad que, en el siglo XX, virtualmente todas las naciones de Occidente han experimentado la introducción de omnipresentes controles gubernamentales sobre casi todos los aspectos de la vida económica. Muchos países han nacionalizado la producción industrial y han introducido la planificación económica integrada del Estado. Otros han adoptado alguna forma de capitalismo de Estado en que la responsabilidad inmediata de la producción, la distribución y la inversión está en manos de empresas corporativas en grande escala, sujetas empero al control directo e indirecto de dependencias del Estado. La declaración de Lenin, de 1921, sobre la economía soviética es cada vez más aplicable también a otras economías: "Entre nosotros, lo que pertenece a la economía es cuestión del derecho público, no del derecho privado." Por ejemplo, en los Estados Unidos, campos enteros de derecho administrativo como los impuestos, las relaciones entre trabajadores y administradores, la regulación del seguro, el alojamiento público, la seguridad social, la protección ambiental y una docena más, que difícilmente podría decirse que existieran antes de la Gran Depresión de comienzos de los treinta, ahora han alcanzado un predominio.

Además, lo que antes se concebía como derecho privado también se ha transformado, en el siglo XX, por la centralización radical y la burocratización de la vida económica, de la cual el socialismo, de una forma u otra (incluyendo el capitalismo controlado por el Estado), es un aspecto o una consecuencia. Por ejemplo, el derecho de los contratos, que tradicionalmen e se consideró en todos los sistemas jurídicos occidentales como un cuerpo de reglas para poner en vigor los acuerdos voluntarios según la intención de las partes, con límites fijados por la política pública en general, en el siglo XX ha luchado por adaptarse a una situación económica

enteramente nueva, en que los términos detallados de los tipos más importantes de contratos son requeridos, específicamente, por una legislación, o bien estipulados en formas comunes, presentados por las organizaciones de empresa en grande escala, sobre la base de "tómelo o déjelo". Asimismo, en el derecho de propiedad, los intereses gubernamentales y empresariales en grande escala han intervenido para quitar a la mayoría de los propietarios privados una gran parte de sus derechos de posesión, uso y disposición —es decir, de lo que en el pasado se habría considerado como sus derechos de propiedad—, mientras al mismo tiempo les imponían obligaciones que deben explicarse más en términos de derecho administrativo que en términos de derecho civil. Por todo Occidente la propiedad corporativa, comercial e industrial, incluso el alojamiento, se ve cada vez más sometida a una regulación administrativa, en tanto que el propietario individual difícilmente podrá plantar un árbol o construir una extensión de su cocina sin autorización gubernamental.

En forma similar, el derecho de delitos civiles, que tradicionalmente fue concebido, ante todo, como un cuerpo de reglas para compensar las pérdidas causadas por daño intencional o por negligencia, se ha transformado por la rápida difusión del seguro de responsabilidad civil por daños causados por actos inocentes, incidentales a varias formas de actividad económica: la llamada obligación absoluta, cuyos motivos, y por tanto cuyos límites, en gran parte no quedan aclarados. Se dice que un "derecho general de contratos", es decir, el cuerpo de conceptos y doctrinas fundamentales que fue planteado en el siglo XIX como la "ley del contrato", aplicable a cualquiera y a todos los tipos de transacciones contractuales, ahora es letra muerta, y que los principios de demanda por violación de contrato se encuentran cada vez más en el derecho de delitos civiles,[31] pero otros dicen que el derecho de delitos civiles, que también fue planteado en el siglo XIX, más o menos simultáneamente al derecho general de contrato, también está muerto. La división de todo el cuerpo del derecho en derecho público y derecho privado, y la subdivisión de éstos en campos autocontenidos como derecho civil, derecho penal, derecho administrativo y similares, fue producto del pensamiento jurídico de la Ilustración del siglo XVIII, y fue establecida por la Revolución francesa. Se difundió por toda Europa hasta llegar a los Estados Unidos. No pudo sobrevivir al desarrollo del socialismo en el siglo XX, ya fuese la economía socialista planificada en grande escala de los países comunistas, o las formas simplemente "socialistas" menos comprensivas de control gubernamental ejercidas en los países no comunistas de Occidente.

Por todo el Occidente han ocurrido cambios fundamentales, no sólo en lo que tradicionalmente se ha llamado derecho público y derecho privado, sino también en lo que podría llamarse derecho social, que incluye el derecho familiar, así como las leyes que afectan las relaciones entre razas, las relaciones de clase y las relaciones de los sexos y de las generaciones. Ma-

trimonio y divorcio se han vuelto, cada vez más, cuestión consensual, en tanto que la autoridad de los padres sobre sus hijos se ha reducido considerablemente. Mientras que la familia quede liberada, cada vez más, a sus propios recursos, las relaciones sociales de raza y de clase y de sexo han sido tema, cada vez más, de limitación legal, para impedir explotaciones. Estos cambios también se han asociado en parte al movimiento socialista, aunque sólo indirectamente estén relacionados con el control gubernamental de la economía. En todo caso, también ellos constituyen desarrollos legales que no son fáciles de reconciliar con las categorías jurídicas tradicionales.

Asimismo, el derecho penal ha tenido cambios drásticos, virtualmente en todos los países de Occidente, como resultado de la integración y colectivización de la economía, la urbanización, la producción en masa, la industrialización y fenómenos afines. Han surgido nuevos tipos de delito: el robo en gran escala de propiedad corporativa, ya fuere propiedad del Estado o de una gran empresa; el delito "de cuello blanco", que incluye el fraude al fisco, la estafa y las violaciones antimonopólicas; el tráfico de drogas y delitos afines que se cometen en las calles y, en el otro extremo de la gama, los delitos políticos e ideológicos, que han llegado a predominar sobre los "tradicionales" delitos de asesinato, violación, allanamiento, robo e incendio. Los cambios críticos ocurridos en la naturaleza y la incidencia del delito han ido acompañados por cambios de comparable importancia en las teorías del delito y el castigo y en las prácticas de aplicación de la ley. Estos cambios y otros ocurridos en los sistemas jurídicos de los países de Occidente pueden llamarse revolucionarios, no sólo en el sentido de que son fundamentales y se han dado con relativa rapidez, sino también en el sentido de que constituyen una respuesta a alteraciones políticas, económicas y sociales revolucionarias. En Rusia y algunos otros países ese disturbio ha adoptado la forma de un tipo clásico de revolución, en que un tipo de orden político, social y económico y un sistema de creencias fueron remplazados violentamente por otros. En otros países, los cambios han adoptado la forma más discreta de integración de la vida nacional, por medio de la tecnología y las comunicaciones, por medio de su organización creciente en unidades más grandes y por medio de un control gubernamental cada vez mayor. Sin embargo, por doquier, esto ha sido mucho más que una revolución tecnológica; también ha sido una revolución política e ideológica.

La historia del derecho occidental se encuentra en un punto de cambio tan agudo y crucial como los que marcaron la Revolución francesa de 1789, la inglesa de 1640 y la alemana de 1517. Las dos generaciones transcurridas desde que estalló la Revolución rusa han presenciado —no sólo en la Unión Soviética, sino por todo el Occidente— una considerable ruptura con el individualismo del derecho tradicional, una ruptura con su énfasis en la propiedad privada y la libertad de contrato, sus limitaciones y la compensación por daños causados por la actividad empresarial, su rígida actitud moral ante el delito y muchos de sus otros postulados básicos. A la

inversa, también han presenciado un giro hacia el colectivismo en el derecho, hacia un mayor interés en el estado y la propiedad social, la regulación de la libertad contractual en interés de la sociedad, la expansión de la indemnización por daños causados por la actividad empresarial, una actitud más utilitaria que moral hacia el delito y muchos otros nuevos postulados básicos.

Estos cambios radicales constituyen un gran desafío a las tradicionales instituciones jurídicas de Occidente, sus procedimientos, valores, conceptos, reglas y modos de pensar. Amenazan la objetividad del derecho, ya que hacen del Estado una parte invisible de casi todos los procedimientos jurídicos entre individuos o empresas, el mismo Estado que había legislado la ley aplicable y nombrado al tribunal. Esta presión invisible aumenta en los países comunistas en virtud de unos poderosos controles centrales, puestos no sólo a la vida económica, sino también a la vida política, cultural e ideológica; y también en los países no comunistas han aumentado esos controles centrales puestos en la esfera no económica, aunque habitualmente han estado más en manos de grandes organizaciones burocráticas que en las del Estado como tal.

En la medida en que la actual crisis es comparable a crisis revolucionarias que han afectado la tradición jurídica occidental del pasado, se puede apelar a los recursos de toda esa tradición para superarla, así como ellos mismos fueron convocados para superar anteriores crisis revolucionarias. Pero la actual crisis llega más hondo. Es no sólo del individualismo tal como se ha desarrollado desde el siglo XVIII, o del liberalismo como ha evolucionado desde el XVII, o del secularismo, según se ha desarrollado desde el XVI; también es una crisis de toda la tradición como ha existido desde finales del siglo XI.

Sólo cuatro —las primeras— de las 10 características básicas de la tradición jurídica occidental siguen siendo básicas del derecho en Occidente.

1. El derecho continúa teniendo una autonomía relativa, en el sentido de que permanece diferenciado de la política y de la religión, así como de otros tipos de instituciones sociales y de otras disciplinas de estudio.

2. Se le sigue confiando al cultivo de especialistas profesionales, legisladores, jueces, juristas y jurisconsultos.

3. Aún florecen centros de preparación jurídica donde las instituciones legales son conceptualizadas y, hasta cierto punto, sistematizadas.

4. Esa preparación jurídica aún constituye un metaderecho por el cual son evaluadas y explicadas las instituciones y reglas jurídicas.

Importa subrayar la supervivencia de estas cuatro características, ya que en Rusia, durante los primeros años de la Revolución y nuevamente a comienzos de los treinta, se lanzaron enérgicos ataques —como en el caso de las grandes revoluciones anteriores— contra la autonomía del derecho, su carácter profesional y su carácter de disciplina y de ciencia aprendida. Asimismo, en otros países de Occidente, de cuando en cuando se propuso

durante los veinte y los treinta, en parte bajo la influencia marxista-leninista, que se eliminaran el derecho y los abogados, o que al menos se restringiera grandemente su importancia, por ser innecesarios y nocivos a la sociedad. En el decenio de 1960 y comienzos del de 1970, la Revolución china adoptó estas ideas con gran seriedad: se cerraron todas las escuelas de derecho y desaparecieron casi todos los abogados. Sólo desde finales de los treinta en la Unión Soviética y desde finales de los setenta en la República Popular China se ha denunciado esto como "nihilismo legal".

Las otras seis características atribuidas a la tradición jurídica occidental se han debilitado severamente en la última parte del siglo XX, sobre todo en los Estados Unidos.

5. El derecho en el siglo actual, en teoría y en práctica, ha sido tratado cada vez menos como un cuerpo coherente, un organismo, un *corpus iuris*, y cada vez más como una mezcolanza, como una masa fragmentada de decisiones *ad hoc* y de reglas en conflicto, unidas sólo por "técnicas" comunes. El antiguo metaderecho se ha descompuesto y ha sido remplazado por una especie de cinismo. La catalogación decimonónica en campos de derecho es considerada caduca cada vez más. Otros elementos estructurales del derecho, más viejos aún —como, en Inglaterra y en los Estados Unidos, las formas de acción por las que en un tiempo fue integrado el derecho común inglés, del que Maitland dijo aún en 1906 que "nos gobiernan desde la tumba"— están casi enteramente olvidados. La división efectuada en el siglo XVI de todo derecho en público y privado ha tenido que ceder ante lo que Roscoe Pound, a mediados del decenio de 1930, llamó el "nuevo feudalismo". Y, sin embargo, es un feudalismo carente del concepto esencial de una jerarquía de las fuentes del derecho por el cual se puede acomodar toda una pluralidad de jurisdicciones y también se pueden armonizar reglas jurídicas en conflicto. A falta de teorías nuevas que den orden y congruencia a la estructura jurídica, se invoca un pragmatismo primitivo para justificar reglas y decisiones individuales.

6. La fe en el desarrollo del derecho, su carácter continuado a lo largo de generaciones y de siglos, también se ha debilitado considerablemente. En general, se sostiene la idea de que el desarrollo del derecho —su aparente crecimiento mediante una reinterpretación del pasado, ya sea que el pasado se presente por precedentes o por codificación— no pasa de ser ideológico. Se presenta al derecho como si no tuviese historia propia, y la historia que proclama presentar es tratada, en el mejor de los casos, como una cronología y, en el peor, como simple ilusión.

7. Los cambios ocurridos al derecho en el pasado, así como los que están ocurriendo en el presente, no son considerados como respuestas a la lógica interna del desarrollo legal, ni como resoluciones de las tensiones entre la ciencia jurídica y la práctica legal, sino, antes bien, como respuestas a la presión de fuerzas exteriores.

8. La idea de que el derecho trasciende la política —la idea de que en

cualquier momento, o al menos en su desarrollo histórico, el derecho es distinto del Estado— parece haber ido cediendo gradualmente ante la idea de que el derecho en todo momento es básicamente un instrumento del Estado, es decir, un medio de imponer la voluntad de quienes ejercen la autoridad política.

9. La fuente de la supremacía del derecho en la pluralidad de las jurisdicciones y sistemas legales dentro de un mismo orden legal es amenazada en el siglo XX, en cada país, por una tendencia a aglutinar las diversas jurisdicciones y sistemas en un solo programa central de legislación y de regulación administrativa. Hace mucho tiempo que las iglesias han dejado de constituir un contrapeso jurídico eficaz a las autoridades seculares. La costumbre de las comunidades mercantiles y de otras comunidades autónomas, dentro del orden social y económico, se ha visto superada por controles legislativos y administrativos. El derecho internacional ha ensanchado sus pretensiones teóricas de superar al derecho nacional, pero, en la práctica, el segundo ha incorporado expresamente el primero o bien se ha vuelto ineficaz como recurso para ciudadanos particulares. En sistemas federales como el de los Estados Unidos ha disminuido radicalmente la oportunidad de escapar de un conjunto de tribunales a otro. El concepto de Blackstone, de hace dos siglos, de que vivimos bajo un número considerable de sistemas jurídicos diferentes, casi no tiene ningún correlato en el pensamiento jurídico contemporáneo.

10. La idea de que la tradición jurídica occidental trasciende la revolución, de que precede y sobrevive a los grandes disturbios totales que periódicamente han sumergido a las naciones de Occidente, se ve desafiada por la idea opuesta de que la ley está totalmente subordinada a la revolución. El derrocamiento de un conjunto de instituciones políticas y su remplazo por otro conduce a un derecho enteramente nuevo. Y aun si se conservan las viejas formas, se nos dice que están ocupadas por un contenido nuevo, que sirven a nuevos propósitos y que no se les debe identificar con el pasado.

La crisis de la tradición jurídica occidental no es sólo una crisis de la filosofía jurídica, sino también del propio derecho. Los filósofos del derecho siempre han discutido (y puede suponerse que siempre discutirán) sobre si el derecho se funda en la razón y la moral o si no es más que la voluntad del jefe político. No se necesita resolver este debate para concluir que, como hecho histórico, los sistemas jurídicos de todas las naciones que son herederas de la tradición jurídica occidental han tenido raíces en ciertas creencias o postulados: es decir, los propios sistemas jurídicos han presupuesto la validez de esas creencias. Hoy, esas creencias o postulados —como la integridad estructural del derecho, su continuidad, sus raíces religiosas, sus cualidades trascendentes— van desapareciendo con rapidez, no sólo en la mente de los filósofos y de los legisladores, jueces, juristas, profesores de derecho y otros miembros de la profesión jurídica, sino también en la conciencia de la gran mayoría de los ciudadanos, del pueblo en

general; y, lo que es más, van desapareciendo del derecho mismo. El derecho va quedando más fragmentado, más subjetivo, más tendiente a la eficiencia y menos a la moral, más interesado en las consecuencias inmediatas y menos en la congruencia o la continuidad. De esta manera, el suelo histórico de la tradición jurídica occidental está empobreciéndose en el siglo XX, y la tradición misma amenaza con desplomarse.

La descomposición de la tradición jurídica occidental brota sólo en parte de las revoluciones socialistas que se inauguraron en Rusia en octubre de 1917, y que gradualmente han ido cundiendo por el Occidente (y también por otras partes del mundo), aunque a menudo en formas relativamente benignas. Sólo en parte brota de la enorme intervención del Estado en la economía de las naciones (Estado benefactor), y sólo en parte de la inmensa burocratización de la vida social y económica por medio de enormes entidades corporativas centralizadas (el Estado corporativo). Mucho más se debe a la crisis de la propia civilización occidental, comenzando en 1914 con el estallido de la primera Guerra Mundial. Esto fue más que una revolución económica y tecnológica, aún más que una revolución política. De no haber existido, la sociedad occidental habría podido adaptar sus instituciones jurídicas para satisfacer las nuevas demandas, como lo había hecho en situaciones revolucionarias del pasado. La sociedad occidental habría podido dar cabida al socialismo —de cualquiera de sus variedades— dentro de su tradición jurídica. Pero no se puede dar cabida a la desintegración de los fundamentos mismos de esa tradición; y el mayor desafío a esos fundamentos es la terrible pérdida de confianza en el Occidente mismo como civilización, como comunidad, y en la tradición jurídica que durante nueve siglos ha ayudado a sostenerla.

Casi todas las naciones de Occidente se ven hoy amenazadas por un cinismo ante el derecho que conduce a un desprecio al derecho en todas las clases de la población. Las ciudades son cada vez más inseguras. El sistema de beneficencia casi se ha descompuesto bajo regulaciones imposibles de aplicar. Hay una generalizada violación de las leyes fiscales por ricos y pobres y por quienes están en medio. Casi no hay profesión que no se vea de una u otra forma atrapada en una violación de las regulaciones gubernamentales. Y el gobierno mismo, de arriba abajo, se ve envuelto en ilegalidades. Pero esto no es lo principal. Lo principal es que los únicos que parecen tener remordimientos de conciencia por ello son los pocos cuyos delitos han sido revelados.

El desprecio al derecho y el cinismo ante él han sido estimulados por la rebelión contemporánea contra lo que a veces se ha llamado formalismo legal, que subraya la aplicación uniforme de reglas generales como elemento básico del razonamiento jurídico y la idea de justicia. Según Roberto M. Unger, con el desarrollo del Estado benefactor, por una parte, y del Estado corporativo, por la otra, el formalismo está cediendo ante un hincapié en la política pública, tanto en el razonamiento jurídico como en la idea de justi-

cia.[32] El razonamiento jurídico orientado hacia la política, escribe Unger, se caracteriza por su insistencia en altos niveles de imparcialidad y de responsabilidad social. Conecta este cambio del pensamiento jurídico occidental "posliberal" con un cambio de ideas con respecto al idioma. "Al idioma ya no se le acredita la fijeza de las categorías y la representación transparente del mundo que haría plausible el formalismo en el razonamiento legal, o en las ideas acerca de justicia."[33] Así descrita, la rebelión contra el formalismo legal parece a la vez inevitable y benigna. Y, sin embargo, ¿qué impedirá que la justicia discrecional se convierta en instrumento de represión y hasta en pretexto para la barbarie y la brutalidad, como en la Alemania nazi? Unger sostiene que esto se puede impedir creando un poderoso sentido de comunidad dentro de los diversos grupos que una sociedad comprende. Pero, por desgracia, la creación de semejante pluralismo de grupo se ve frustrada por algunas de las mismas consideraciones subyacentes en el ataque al formalismo legal. La mayoría de las comunidades en que no todos se conocen apenas pueden sobrevivir largo tiempo, y mucho menos interactuar sin elaborados sistemas de reglas, sean consuetudinarios o impuestos. Esto no es negar que, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, en muchos países de Occidente hubo una preocupación excesiva por la coherencia lógica en el derecho, que aún persiste en algunos rumbos; sin embargo, la reacción contra esto pierde toda justificación cuando se convierte en un ataque a las reglas *per se* y a la tradición occidental de legalidad, que busca un equilibrio entre la regla, el precedente, la política y la equidad.

El ataque a cualquiera de estos cuatro factores tiende a debilitar a los demás. En nombre del antiformalismo, la "política pública" está cerca de contener, peligrosamente, la voluntad de aquellos que en la actualidad tienen el poder: la "justicia social" y la "racionalidad sustantiva" se han identificado con el pragmatismo. La "imparcialidad" ha perdido sus raíces históricas y filosóficas, y es sacudida por el viento de cada doctrina que se pone de moda. El idioma del derecho no sólo parece necesariamente complejo, ambiguo y retórico (lo que sí es), sino también contingente, contemporáneo y arbitrario (lo que no es). Éstos son heraldos de una época no sólo "posliberal", sino también "postoccidental".

El cinismo ante el derecho y la falta de derecho no será superado adhiriéndose a un supuesto realismo que niega la autonomía, la integridad y la continuidad de nuestra tradición jurídica. En palabras de Edmund Burke, quienes no miran hacia atrás, a sus antepasados, no mirarán hacia adelante, a su posteridad.

Esto no significa, desde luego, que el estudio del pasado salvará a la sociedad. Ésta avanza inevitablemente al futuro, pero lo hace caminando hacia atrás, por decirlo así, con la mirada en el pasado. Dijo Oliver Cromwell: "El hombre nunca alcanza un estado tan alto como cuando no sabe a dónde va." Cromwell comprendió la importancia revolucionaria del respeto a la tradición en épocas de crisis.

Hacia una teoría social del derecho

Dos términos que han dado forma al pensamiento del hombre moderno acerca del pasado hacen difícil captar el significado de la tradición jurídica occidental.

El primero es "medieval", que entró en uso en el siglo XVI para designar, por una parte, el periodo transcurrido entre el cristianismo temprano y la Reforma protestante y, por otro, el que va de la Antigüedad clásica al "nuevo humanismo" (el Renacimiento, como fue llamado por Michelet tres siglos después). El término "medieval" también gustó a los partidarios de la Contrarreforma católica, porque no sólo implicaba que el protestantismo era una innovación, sino también que el catolicismo tenía una continuidad ininterrumpida al menos desde la época de Constantino. Con el tiempo, el término también resultó conveniente para la historiografía nacionalista del siglo XIX, pues pareció definir el periodo transcurrido entre la decadencia del Imperio romano y el surgimiento de los Estados nacionales soberanos.

¡Cuán sorprendente resulta, entonces, descubrir que virtualmente todos los modernos sistemas jurídicos occidentales se originaron a mediados de la Edad Media!

El segundo término que hay que conjurar es "feudalismo", que llegó a identificarse con la formación socioeconómica de la Edad Media. La época medieval del feudalismo fue contrastada con la época moderna del capitalismo. Éste fue asociado al individualismo y al protestantismo, así como el feudalismo fue asociado al tradicionalismo y al catolicismo.

El concepto de feudalismo está casi tan preñado de suposiciones ideológicas ocultas como el concepto de Edad Media. El adjetivo "feudal", derivado del sustantivo concreto "feudo" *(feod)*, tuvo significados técnicos, políticos, económicos y jurídicos desde el siglo XI; pero el sustantivo abstracto "feudalismo", para referirse a todo el sistema socioeconómico, fue inventado hasta el siglo XVIII.[34] La Revolución francesa se propuso abolir el feudalismo *(féodalité)* y la sociedad feudal *(la société féodale)*. Un decreto del 11 de agosto de 1789 proclamaba: "La Asamblea Nacional declara abolido el régimen feudal." Como lo ha dicho Marc Bloch: "¿Cómo podría negarse, en adelante, la realidad de un sistema que había costado tanto trabajo destruir?"[35] La ironía de Bloch queda justificada por una declaración ulterior de un importante historiador marxista inglés, Christopher Hill. Atacando la idea de que el feudalismo terminó junto con la servidumbre en el siglo XVI, observó Hill que "Si el feudalismo queda abolido con la servidumbre, entonces Francia en 1788 no era un Estado feudal, y nunca ha habido una revolución burguesa en el sentido de una revolución que derrocó al Estado feudal".[36] En otras palabras, el feudalismo no pudo haber terminado 200 años antes de 1789; de haberlo hecho, la Revolución

francesa se habría emprendido en vano y, lo que es aún más grave, la teoría marxista estaría errada.

De este modo, todas las ideologías del siglo XIX, incluso el marxismo, conspiraron para minimizar, negar o pasar por alto las profundas raíces de las instituciones y valores occidentales modernos en la época preprotestante, prehumanista, prenacionalista, preindividualista y precapitalista; y todas conspiraron para ocultar la ruptura en la historia occidental ocurrida a finales del siglo XI y en el XII. Esta falsa periodización de la historia occidental no sólo causó muchos errores de parte de los historiadores tradicionales con respecto al avance de la historia, de una época medieval a una moderna, sino que también frustró los esfuerzos de los teóricos sociales por seguir las líneas de una sociedad moderna a una sociedad "nueva" (socialista, posliberal, posmoderna).

La idea de que la sociedad occidental se desarrolló pasando de una época de feudalismo a una de capitalismo, a menudo implica que la estructura básica de un orden social es económica, y que el derecho es parte de una "superestructura ideológica", empleada por quienes ejercen el poder económico como medio de llevar adelante su política. Sin embargo, no puede interpretarse la tradición jurídica occidental simplemente como un instrumento de dominación, sea económica o política; también debe vérsele como parte importante de la estructura básica de la sociedad occidental. Es un reflejo y a la vez un determinante del desarrollo económico y político. Sin derecho constitucional, corporativo, de contrato, de propiedad y los otros campos del derecho que se desarrollaron en Europa occidental del siglo XII al XV, no habrían podido ocurrir los cambios económicos y políticos de los siglos XVII a XIX que los teóricos sociales contemporáneos han identificado con el capitalismo.

Además, la palabra feudalismo puede emplearse para oscurecer el hecho de que las instituciones y los valores jurídicos occidentales en su periodo formativo de desarrollo con frecuencia desafiaron al prevaleciente sistema político y económico. Hubo luchas recurrentes entre el derecho y la opresión feudal de clases, entre el derecho y el poderío de los magnates urbanos, entre el derecho y los intereses eclesiásticos, entre el derecho y la dominación real. Los siervos que escapaban a las ciudades exigían su libertad, de acuerdo con el derecho urbano, después de vivir en ellas un año y un día. Hubo ciudadanos que se rebelaron contra sus gobernantes urbanos en nombre de principios constitucionales declarados en las cartas constitutivas de la ciudad. Hubo varones que exigieron derechos y privilegios antiguos a los reyes. Príncipes y papas combatieron entre sí afirmando cada uno que el poderío socioeconómico del otro se estaba ejerciendo en violación de derechos jurídicos divinos y naturales, contra el espíritu de las leyes y aun contra su letra. En estas luchas y en otras se invocó la ley contra hechos y condiciones materiales prevalecientes; se volvió en contra de la misma estructura social que la había engendrado, por decirlo así.

De manera similar, en la historia occidental se ha invocado periódicamente el derecho contra los prevalecientes valores políticos y morales de la sociedad, los mismos valores que, podría decirse, lo engendraron y que supuestamente comparte. Se invoca el derecho para proteger al disidente, al hereje, aunque las autoridades políticas y la opinión pública misma condenen la disidencia o la herejía. El derecho puede proteger lo colectivo contra el individualismo dominante, o al individuo contra un colectivismo dominante. Esta lealtad del derecho a sus propios valores es difícil de explicar como teoría instrumental que considerara las instituciones jurídicas tan sólo como un arma de la clase dominante o de la elite política.

El derecho —al menos en la historia occidental— no puede reducirse tampoco a las condiciones materiales de la sociedad que lo produce o al sistema de ideas y valores; también debe vérsele, en parte, como factor independiente, una de las causas y no sólo uno de los resultados de los avances sociales, económicos, políticos, intelectuales, morales y religiosos.

La primera tarea de una teoría social del derecho en la actualidad —casi un siglo y medio después de Carlos Marx y casi un siglo después de Max Weber— consiste en escapar de conceptos sobresimplificados de causa y de derecho. Digan lo que digan los filósofos acerca de idealismo y de materialismo, desde un punto de vista histórico el hecho de que Hegel estuvo errado al suponer que la conciencia determina al ser no significa que Marx tuvo razón diciendo que el ser determina la conciencia. En la historia, en la vida real, ninguno de ellos "determina" al otro; por lo general van unidos; y cuando no es así, a veces es uno y a veces es otro el que adquiere importancia decisiva. Una teoría social del derecho debe subrayar la interacción de espíritu y de materia, de ideas y experiencia, en su definición y análisis del derecho. Debe unir las tres escuelas tradicionales de jurisprudencia —la política (positivismo), la moral (teoría del derecho natural) y la histórica (jurisprudencia histórica)— en una jurisprudencia *integrativa*.

Hoy, la segunda tarea de una teoría social del derecho consiste en adoptar una historiografía que sea apropiada a la historia jurídica, y no una que se derive principalmente de la historia económica, la historia de la filosofía u otros tipos de historia. Una teoría social del derecho debe reconocer que empezaron a construirse sistemas jurídicos en Occidente a finales del siglo XI y en el XII, y que algunas de las características fundamentales de esos sistemas jurídicos han sobrevivido a las grandes revoluciones nacionales de los siglos XVI al XX. Otro hecho al que se debe hacer frente es que el primer sistema jurídico occidental moderno fue el derecho canónico de la Iglesia católica romana, y que ese sistema jurídico posee muchas características en común con lo que los sociólogos contemporáneos llaman los sistemas secular, racional, materialista e individualista de la sociedad capitalista liberal. El dualismo de las jurisdicciones eclesiástica y secular es un rasgo distintivo, si no exclusivo, de la cultura occidental.

Y, sin duda, una teoría social del derecho debe explicar también esto. Semejante explicación tendría que incluir además el concepto occidental que admite diversos grupos corporativos dentro de la jurisdicción secular, cada uno con su propio derecho, y la relación de ese pluralismo con el dualismo de lo secular y lo eclesiástico. Éste es un problema historiográfico y no sólo sociológico, pues incluye una interpretación de las grandes revoluciones de la historia occidental a través de las cuales los Estados nacionales han devorado una gran parte de la jurisdicción de la Iglesia y, a la postre, también una gran parte de la jurisdicción de los diversos grupos dentro del orden secular.

Semejante historiografía conduciría a una teoría social *general* que no sólo considerase la historia occidental, básicamente, como una serie de transiciones del feudalismo al capitalismo y al socialismo, sino, antes bien, como una serie de transiciones de diversos grupos corporativos dentro de una general unidad eclesiástica a Estados nacionales dentro de una unidad cultural y religiosa, general pero invisible, y luego a unos Estados nacionales *fuera* de una unidad general occidental, buscando nuevas formas de unidad en escala universal.

Adoptando esta perspectiva histórica, una teoría social *del derecho* se preocuparía por el grado en que la tradición jurídica occidental siempre ha dependido, incluso en los días de gloria del Estado nacional, de la fe en la existencia de un cuerpo de leyes más allá de la ley de las supremas autoridades políticas, en un tiempo llamado derecho divino, luego derecho natural y recientemente derechos humanos; y por la medida en que esta fe, a su vez, siempre ha dependido de la vitalidad de los sistemas jurídicos autónomos de comunidades dentro de la nación (ciudades, naciones, sindicatos), así como comunidades que atraviesan las fronteras nacionales (asociaciones mercantiles y bancarias internacionales, agencias internacionales, iglesias).

Además, es tarea de la teoría social contemporánea del derecho estudiar el destino de éste en periodos de cambio revolucionario, no tanto para examinar la rápida sustitución de las leyes antiguas por las nuevas, sino, antes bien, para examinar los modos en que se echan o no los fundamentos de un orden jurídico estable y justo en el futuro, una vez aplacada la revolución.

Por último, una teoría social del derecho debe pasar del estudio de los sistemas jurídicos occidentales y de la tradición jurídica occidental al estudio de los sistemas y tradiciones jurídicas no occidentales, de la unión del derecho occidental con el no occidental y del desarrollo de un lenguaje jurídico común para toda la humanidad, pues sólo en esa dirección podremos salir de la crisis de la tradición jurídica occidental de finales del siglo XX.

PRIMERA PARTE

LA REVOLUCIÓN PAPAL Y EL DERECHO CANÓNICO

I. ANTECEDENTES DE LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE: EL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LOS PUEBLOS GERMÁNICOS ("FOLKLAW")

UN HISTORIADOR tiene clara conciencia del peligro de hablar acerca de los "orígenes". En cualquier punto en que se comience siempre habrá principios anteriores, lo que demuestra la continuidad de la historia de la especie humana. En las célebres palabras de Maitland en el párrafo inicial de *History of English Law*, de Pollock y Maitland:

> Tal es la unidad de toda la historia que todo el que se esfuerce por narrar un fragmento de ella deberá sentir que su primera frase está desgarrando una red inconsútil. La más antigua locución del derecho inglés que ha llegado hasta nosotros tiene incluidas palabras griegas; palabras como *obispo, sacerdote* y *diácono*. Si buscamos los orígenes del derecho romano tendremos que estudiar babilonio... Hay que fijar un estatuto de limitaciones; pero tiene que ser arbitrario. Hay que desgarrar la red.

A pesar de esta advertencia, estoy dispuesto a argüir que sí hay costuras en la red, que hay cosas nuevas bajo el sol y que no por fuerza debemos comenzar en un punto arbitrario. Más particularmente, una de las tesis principales de este libro es que hubo un tiempo en que lo que hoy se conoce como sistema jurídico —un cuerpo distinto e integrado de leyes, conscientemente sistematizado— no existió entre los pueblos de Europa occidental, y que a finales del siglo XI y comienzos del XII y en adelante por primera vez se crearon sistemas jurídicos, a la vez dentro de la Iglesia católica romana y en los diversos reinos, ciudades y otras comunidades seculares de Occidente.

Empleamos aquí "sistema jurídico" para denotar algo más estrecho y más específico que el derecho en general, o lo que podría llamarse un "orden jurídico". Sí hubo un orden jurídico en cada sociedad de Occidente antes de los siglos XI y XII, en el sentido de que había autoridades legalmente constituidas que aplicaban la ley. De hecho, en ningún momento de su historia los pueblos de Europa occidental carecieron de un orden jurídico: los primeros registros escritos son colecciones de leyes, y Tácito, en los siglos I y II d. C., describe las asambleas germánicas que actuaban como tribunales. Asimismo, la Iglesia, desde tiempos muy antiguos, había declarado leyes y había establecido procedimientos para decidir los distintos casos. Sin embargo, las reglas y los procedimientos jurídicos que se aplicaban en los diversos órdenes legales de Occidente antes de finales del siglo XI y

comienzos del XII, en gran parte no se diferenciaban de la costumbre social y de las instituciones políticas y religiosas. Nadie había tratado de organizar las leyes e instituciones legales prevalecientes en una estructura distinta. Muy poco de la ley estaba por escrito. No había una judicatura profesional, una clase profesional de juristas ni una bibliografía jurídica profesional. La ley no estaba sistematizada conscientemente. Aún no había sido "arrancada" de la matriz social de la que formaba parte. No existía un cuerpo en desarrollo, independiente e integrado, de principios jurídicos y de procedimientos claramente diferenciados de otros procesos de organización social, y articulados conscientemente por un grupo de personas especialmente preparadas para esa tarea.

A finales del siglo XI y comienzos del XII todo esto cambió "en forma maravillosamente súbita", según la frase de Maitland. En cada país de Occidente se crearon tribunales profesionales, un cuerpo de legislación, una profesión jurídica, una bibliografía jurídica, una "ciencia del derecho". El impulso básico para este desarrollo provino de la afirmación de la supremacía papal sobre toda la Iglesia de Occidente, y de la independencia de ella de todo control secular. Ésta fue una revolución, declarada en 1075 por el papa Gregorio VII; el partido papista y el partido imperial combatieron en sangrientas guerras durante casi 50 años, y sólo después de un siglo, en 1170, el martirio de Tomás Becket selló el compromiso final de Inglaterra.

En los siglos siguientes, el derecho consuetudinario de los pueblos de Europa pareció desaparecer casi por completo. Se formaron nuevos y complicados sistemas jurídicos, primero para la Iglesia y luego para las órdenes políticas seculares: derecho canónico, derecho urbano, derecho real, derecho mercantil, derecho feudal y señorial. Con el tiempo, en el periodo transcurrido del siglo XVI al XX, una serie de grandes revoluciones —la Reforma alemana y las revoluciones inglesa, norteamericana, francesa, rusa— transformaron la tradición jurídica occidental, dejando su "trasfondo" germánico cada vez más atrás.

A pesar de todo, los conceptos occidentales de derecho —y, lo que tal vez sea más importante, las actitudes occidentales hacia el derecho— no podrán comprenderse si no los vemos, al menos en parte, en relación con aquello *de* lo que inicialmente surgieron y *contra* lo que reaccionaron. Especialmente ahora, en la última parte del siglo XX, cuando Occidente está menos seguro que nunca de su tradición jurídica, importa recordar aquello a lo que esa tradición originalmente remplazó. Sin duda, si se están buscando nuevos modos de superar o de complementar el "legalismo" occidental, se les debe considerar a la luz de la alternativa germánica que, aunque en un tiempo fuese rechazada, todavía permanece bajo la superficie de nuestra memoria histórica.

Además, aunque los juristas de la nueva época denunciaron los rasgos "irracionales" de las viejas costumbres y las sometieron a una drástica

revisión, el derecho germánico no fue rechazado por completo, y las partes que sí se rechazaron no fueron abandonadas rápidamente. La nueva filosofía jurídica no fue una creación *ex nihilo*. Fue una reacción consciente contra el pasado (a menudo, en nombre de un pasado aún anterior), pero también fue una recreación de instituciones e ideas prexistentes.

Más aún, el derecho germánico aportó un fundamento necesario a la nueva tradición jurídica que lo sustituyó. Tal vez la prueba más clara de esta paradójica verdad pueda encontrarse en los nuevos acontecimientos jurídicos ocurridos dentro de la Iglesia. A finales del siglo XI y comienzos del XII, la Iglesia de Occidente logró por vez primera una identidad jurídica independiente de emperadores, reyes y señores feudales. La Iglesia se separó de las autoridades seculares, y el derecho eclesiástico se separó de otros modos de dominio eclesiástico. Se estableció una jerarquía de tribunales eclesiásticos, que culminó en la curia papal. Todo esto fue enteramente nuevo, así como el surgimiento dentro de la Iglesia de una profesión jurídica, estudios jurídicos, tratados jurídicos y un cuerpo jurídico legislativo hecho por jueces. No obstante, todo esto habría sido imposible sin una comunidad prexistente, el *populus christianus*, formado en Europa entre los siglos V y XI. Durante ese tiempo, Europa consistió en una multiplicidad de unidades (señoríos) tribales, locales y feudales que, no obstante, llegaron a compartir una sola fe religiosa y una lealtad militar común al emperador y, fuera del imperio, a sus reyes. Se consideraba que el emperador o el rey era el representante sagrado de la fe entre todos los pueblos de su imperio o reino. Se le llamaba vicario de Cristo (el Papa todavía no se arrogaba este título, sino que se llamaba vicario de San Pedro). La comunidad de fe y de lealtad no sólo fue requisito necesario para el ulterior surgimiento de la nueva identidad jurídica separada de la Iglesia, encabezada por el papado; también fue fundamento necesario para esa identidad legal, ya que sin ella no habría habido una realidad social, subyacente, que pudiera ser identificada legalmente.

De manera similar, el derecho consuetudinario germánico, básicamente tribal, local y feudal (o protofeudal), basado en la práctica de la *vendetta* o venganzas entre clanes y familias *(blood feud)*, así como los medios para resolverlas, como ordalías, juramentos y otros procedimientos —todos ellos impugnados a finales del siglo XI y comienzos del XII—, fue fundamento necesario para el sistema jurídico secular que lo remplazó. Una vez más, el sustrato indispensable fue el carácter comunitario de la sociedad, que el antiguo derecho consuetudinario había ayudado a mantener. El nuevo derecho, en contraste con el antiguo, fue aprendido, refinado y sistematizado; pero no habría podido nacer ni seguir existiendo sin la base de unas comunidades germánicas estructuradas y directamente relacionadas, con su gran énfasis en la interdependencia, la camaradería, la responsabilidad mutua y otros valores comunitarios.

El derecho tribal

Los primeros órdenes jurídicos conocidos que prevalecieron entre los pueblos de la Europa septentrional y occidental fueron de carácter principalmente tribal. Cada tribu o "estirpe" *(Stamm)* tenía su propia ley: los francos, alemanes, frisios, visigodos, ostrogodos, borgoñones, lombardos, sajones del Este, vándalos, suevos y otros pueblos, que con el tiempo llegarían a combinarse en el Imperio franco, abarcarían gran parte de lo que después serían Alemania, Francia y la Italia septentrional; los anglos, sajones del Oeste, jutos, celtas, britanos y otros pueblos de lo que después llegaría a ser Inglaterra; los daneses, noruegos y otros normandos de Escandinavia y después de Normandía, Sicilia y otras partes; y muchos otros, desde los pictos y escotos hasta los magiares y eslavos. En el periodo transcurrido entre el siglo VI y el X, los órdenes jurídicos de todos estos pueblos, aunque en gran parte independientes entre sí, eran notablemente similares. Por una parte, la unidad jurídica básica dentro de la tribu era la familia, una comunidad de camaradería y de confianza basada parcialmente en el parentesco y parcialmente en juramentos de protección y servicio mutuos. La violación de la paz de la familia por un extraño era motivo de represalia mediante el *blood feud,* o bien, para evitarla, de negociaciones entre clanes o familias. Por otra parte, existían unidades jurídicas territoriales que típicamente consistían en familias agrupadas en aldeas, aldeas agrupadas en unidades mayores, a menudo llamadas cientos y condados, y cientos y condados agrupados en ducados o reinos, muy laxamente organizados. En las comunidades territoriales locales, el principal instrumento de gobierno y de ley era la asamblea pública *(moot* o *thing)* de los ancianos de las familias. Además del parentesco y de las comunidades territoriales locales había diversas clases de nexos de señorío (feudales), a menudo formados por familias que "encomendaban" su protección a los grandes hombres.[1]

A la cabeza de las tribus y de las comunidades locales y feudales estaban las autoridades reales y eclesiásticas. Al paso del tiempo, las más grandes unidades territoriales y religiosas, representadas por esas autoridades superiores, cobraron cada vez mayor importancia. A los reyes se les siguió llamando reyes de un pueblo —*Rex Francorum* ("rey de los francos"), *Rex Anglorum* ("rey de los anglos")— hasta el siglo XII, pero también se empleaban términos similares para referirse a territorios políticos vagamente definidos, como Francia y Anglia. También la Iglesia, aunque en última instancia sometida a los emperadores, y a reyes dentro de sus respectivos dominios, era reconocida como una vasta comunidad espiritual que, aunque sin unidad organizativa, trascendía no obstante todos los límites seculares. Sin embargo, antes de mediados del siglo XI, las autoridades reales y eclesiásticas no trataron de alterar en forma fundamental el carácter esencialmente tribal, local y feudal de los órdenes jurídicos de Europa. Esto podrá parecernos menos extraño si comprendemos que la economía de la Europa de la época también era casi enteramente local, y consistía principalmente en agricultura, ganadería y cacería complementaria; la población era escasa, y virtualmente no había poblaciones de más de unos cuantos miles de habitantes; el comercio sólo desempeñaba un papel secundario, y las comunicaciones eran muy rudimentarias. Lo extraño desde un punto de vista económico o geopolítico no es la debilidad del *derecho* real y eclesiástico central, sino la fuerza de su *autoridad.*

La autoridad real central, inspirada por consejeros eclesiásticos, era la encargada de emitir las colecciones escritas (o "códigos", como llegó a llamárseles) de leyes tribales y locales, que forman gran parte de lo que hoy conocemos como el derecho tradicional de los pueblos de tal periodo.

Con la desintegración final del Imperio romano de Occidente, en el siglo V, disminuyó y en muchos lugares virtualmente desapareció lo poco que había llegado de la gran urdimbre del derecho romano a los reinos germánicos. Sin embargo, en otros lugares, sobre todo entre algunos de los pueblos del norte de Italia, en España y en el sur de Francia, sobrevivieron el recuerdo y una parte de la terminología y las reglas del derecho romano. Éste era un derecho romano simplificado, popularizado y corrompido, al que estudiosos modernos han llamado "derecho romano vulgar" para distinguirlo del más refinado de los anteriores periodos clásico y posclásico. Al derecho romano vulgar se le ha descrito como "derecho adverso a conceptos estrictos, ni capaz ni inclinado a vivir al nivel de la jurisprudencia clásica, con respecto a elaboración artística o a construcción lógica".[2] Hasta las más avanzadas colecciones jurídicas "romanistas" de la época, como la de los reyes visigodos del siglo VII, consistían sólo en provisiones misceláneas, agrupadas en general por temas pero carentes de unidad conceptual y de capacidad de evolución orgánica.[3] Tal vez la mayor importancia histórica de estos dispersos restos del derecho romano sea que ayudaron a conservar la idea de que el derecho debía desempeñar un papel en la ordenación de las relaciones políticas y sociales.[4] También la Iglesia conservó muchos vestigios del derecho romano, así como de la ley bíblica; y, por consiguiente, al convertirse al cristianismo un jefe tribal germánico con frecuencia promulgaba un conjunto de leyes que, en gran parte, eran las costumbres de su pueblo.

La más antigua que se ha conservado de las *leges barbarorum* ("leyes de los bárbaros"), como son llamadas por los historiadores para distinguirlas de las *leges Romanae*, fue la ley de los francos sálicos, la *Lex Salica,* emitida por el rey merovingio Clodoveo poco después de convertirse al cristianismo en el año 496.[5] Comienza enumerando las sanciones monetarias que tendrá que pagar un acusado al quejoso por no responder al llamado de éste para presentarse en el tribunal local. También enumera las sanciones monetarias que pagarán los malhechores a las partes perjudicadas por va-

rios tipos de delitos, incluyendo homicidios, asaltos y robos. Éstas son cláusulas típicas del derecho primitivo; uno de sus propósitos principales era inducir a las partes de una disputa a someterse a una decisión de la asamblea local (el tribunal de los cien), en lugar de resolverla por venganza, o bien establecer una base para entablar negociaciones entre la familia de la víctima y la del ofensor. Sin embargo, a veces no tenían ese efecto. La parte dañada, en palabras de una de las leyes anglosajonas, podía "comprar la lanza o llevarla". La prevalencia de la guerra privada se relacionaba con la gran dificultad de llevar a juicio a una persona acusada de un delito, o conseguir testigos para declarar, o bien llevar adelante un juicio.

La más antigua de las compilaciones legales anglosajonas estaba conformada por las Leyes de Etelberto, promulgadas cerca de 600 d. c. Etelberto, señor de Kent, había casado con una cristiana y, según la tradición, fue convertido al cristianismo por un emisario del papa Gregorio, el monje Agustín, en el año 597. Las Leyes de Etelberto son notables por las cláusulas extraordinariamente detalladas de las tarifas establecidas por varios perjuicios: tanto por la pérdida de una pierna, de un ojo, como si la víctima fue un esclavo, un hombre libre o un sacerdote. Los cuatro dientes frontales valían seis chelines cada uno; los dientes contiguos, cuatro; los demás dientes, uno; se distinguían los pulgares, índices, cordiales, anulares y meñiques, así como con sus respectivas uñas, y a cada uno se le había fijado un precio, llamado *bot*. Se hacían distinciones similares entre los oídos que perdían la facultad de oír, orejas cortadas, perforadas o laceradas; entre huesos expuestos, dañados y rotos, cráneos fracturados, hombros estropeados, mandíbulas rotas, clavículas fracturadas, brazos, muslos y costillas rotos; y entre golpes sobre la ropa, golpes bajo la ropa y golpes que no dejaban moretón.[6]

Si la acción del acusado había causado la muerte, el precio que había que pagar a los parientes del difunto se llamaba *wer* (o *wergeld)*. Gran parte del derecho germánico escrito (incluso el franco y el anglosajón) trataba de fijar diferentes medidas de *wergeld* para distintas clases de personas.

Un tanto más refinado que las Leyes de Etelberto fue el llamado Edicto del jefe —o rey— lombardo Rotaris, expedido en 643, o sea 75 años después de que los lombardos se habían trasladado de lo que hoy son Hungría y Yugoslavia al actual norte de Italia. De los 363 artículos del edicto, casi 140 tratan de medidas penales. Por el asesinato de un hombre o una mujer libres, a manos de una persona libre, se exigía una indemnización de 1 200 chelines *(solidi)*, mientras que el precio por la muerte de un sirviente de casa sólo era de 50 solidi, y por la de un esclavo, 20. (El asesinato de una persona libre por una no libre era "compensado" con la muerte.) Se fijaban distintos precios por golpear a alguien en la cabeza, descabellarlo, partirle el cráneo en sitios determinados, sacarle los ojos, cortarle o romperle la nariz, golpear su oreja, romperle un brazo (con distinción entre las fracturas sencillas y las compuestas) o cercenarle brazos o dedos de las manos y de los pies. El dedo meñique de un hombre libre valía 16 solidi, el del semilibre, cuatro, y el del esclavo sólo dos.[7]

La institución de sanciones monetarias fijas, pagaderas por la familia del delincuente a los parientes de la víctima, fue rasgo destacado del derecho de todos los pueblos de Europa antes del siglo XII, y en realidad de cada pueblo indoeuropeo en alguna etapa de su desarrollo, incluyendo los de India, Israel, Grecia y Roma. También es parte importante de la ley de muchas sociedades primitivas contemporáneas.[8]

En muchos aspectos, se trataba de un sistema muy sensato. La amenaza de una pesada carga financiera sobre el delincuente y su familia probablemente sea un disuasivo más eficaz contra el delito que la amenaza de pena capital o de mutilación corporal (que sucedió a las sanciones pecuniarias en Europa durante los siglos XII y XIII) y al menos es tan eficaz como la moderna sanción de prisión; y sin duda, es menos costosa para la sociedad. Además, en materia de justicia retributiva, el malhechor no sólo tiene que sufrir, sino que, además —en contraste con la penología más "civilizada" de hoy—, la víctima queda así satisfecha.

Sin embargo, no es posible explicar cabalmente este sistema tan sólo por motivos utilitarios, al menos en lo tocante a los pueblos germánicos de Europa. Era parte de una ideología, de una cosmovisión, y esa cosmovisión ayuda a explicar no sólo sus rasgos más sensatos, sino también aquellos que acaso no fuesen tan sensatos: por ejemplo, la marcada diferencia de pagos por la muerte de personas de distintas clases, la enorme cantidad que debía saldarse en muchos casos, la responsabilidad de los parientes por los delitos, sin que fuesen culpa de ellos, y las tarifas fijas por daños, cualquiera que fuese el costo real para la víctima.

En términos funcionales, la institución de penas monetarias para la familia del malhechor en favor de los parientes de la víctima no debe juzgarse básicamente viendo si sirvió para disuadir, castigar o indemnizar por delitos, sino para impedir venganzas entre familias y, más particularmente, para facilitar la negociación y la mediación entre familias rivales. Sin embargo, ideológicamente tanto la institución del *blood feud* como la de la indemnización monetaria para remplazarla pueden explicarse, en las sociedades germánicas, por el altísimo valor atribuido al honor como medio de conquistar gloria *(lof*, "elogio"), en un mundo dominado por dioses guerreros y por un destino hostil y arbitrario *(wyrd)*. Para el hombre germánico, el honor significaba "emparejarse"; sólo emparejándose podía conquistar las fuerzas de las tinieblas que rodeaban su vida.[9] Las cantidades fijas de los pagos ofrecían un rasero para ajustar las cuentas.

Se obtenía *lof* cuando se tomaba lo que otros defendían, y se perdía cuando se era despojado de ello. Por tanto, el *bot*, en su origen, fue esencialmente punitivo y sólo secundariamente compensatorio. Era la retribución impuesta por una familia o grupo de parentesco a otro. El desafío al *lof* era particularmente grande en casos de homicidio, porque los difuntos

jamás podían recuperar su propio honor perdido; ese deber quedaba enteramente en manos de sus parientes, cuyo primer instinto era recurrir a la venganza. Originalmente se exigía la vida o un miembro del atacante o de otra persona de su familia (en términos bíblicos, "ojo por ojo, diente por diente"), o, si el delito había sido causado por un agente no humano, como una bestia o un árbol, podía pedirse la entrega del propio agente ofensor (la llamada rendición noxal). La implantación de las tasas fijas de pago daba dignidad a un acuerdo sobre asuntos de no mucha violencia mientras no alterara la razón de ser esencial del remedio, que era la redención del honor de la familia y del parentesco.

Bot y *wer* estaban así relacionados con *mund*, que era la protección extendida por la familia a las personas y los grupos asociados a ella, y con *frith*, que era la paz del hogar. El *mund* y el *frith* del rey eran como los de cualquier otro, pero mejores. Por ejemplo, las Leyes de Etelberto establecían que el *mundbyrd* del rey, es decir, la pena por violar el *mund* del rey, fuese de cincuenta chelines, y el *mundbyrd* de un *ceorl* (común) debía ser de seis chelines.[10] El *mund* era violado y había que pagar *bot* o *wer* cuando, por ejemplo, alguien de fuera durmiese con una sirvienta de la familia, o apuñalara a alguien dentro del terreno de la familia. Directamente relacionadas con *both* y *wer* y *mund* y *frith* estaban otras tres instituciones jurídicas germánicas: la seguridad *(borh)*, la prenda *(wed)* y el rehén.[11] Un pariente podía servir como seguridad por un hombre que aceptara pagar *wer* pero no pudiese pagarlo todo de una sola vez; o bien el deudor podía entregar un objeto valioso en prenda; o podía mandar a un rehén a vivir y trabajar con la familia del enemigo hasta que se pagara el precio. Todos estos recursos legales reflejaban tanto la solidaridad de la familia como la sustitución de la venganza por el tributo en las luchas entre familias o clanes.

Además de zanjar las disputas por *blood feud* y por negociaciones entre familias o clanes, desde los primeros tiempos los pueblos germánicos celebraron asambleas públicas *(moots)* para atender y decidir disputas. Sin embargo, en casi todo tipo de casos, la jurisdicción dependía del consentimiento de las partes. Aun si consentían en presentarse, podían no quedarse hasta el fin, y aun si se quedaban por lo general el *moot* no podía obligarlos a someterse a su decisión. De este modo, el procedimiento del *moot* tuvo que asumir, y ayudar a crear, un suficiente grado de confianza entre las partes para permitir que el sistema operara, así como el procedimiento de negociaciones entre familias o clanes, al depender de seguridades, prendas y rehenes, tuvo que asumir y ayudar a crear semejante grado de confianza. Resulta claro que tanto el juicio ante la asamblea como las negociaciones entre familias o clanes podían ser de carácter intensamente hostil. "Los dos bandos se miraban con implacable hostilidad, resueltos a no hacer concesiones y a no perdonar ni olvidar nada."[12]

La relación polar entre la venganza *(blood feud)* y la pacificación (resolución del *blood feud)* en el derecho de los pueblos germánicos es ejemplo de la intensa dialéctica de desconfianza y confianza que existe en muchas actuales sociedades de parentesco. Claude Lévi-Strauss ha escrito que

> muchos observadores se han quedado asombrados por la imposibilidad, entre los aborígenes, de concebir una relación neutral o, mejor dicho, ninguna relación. Tenemos la sensación —que además es ilusoria— de que la ausencia de un parentesco definitivo hace surgir semejante estado en nuestras conciencias. Pero la suposición de que esto pueda ocurrir en el pensamiento primitivo no resiste un examen. Cada relación familiar define un cierto grupo de derechos y deberes, mientras que la falta de relaciones familiares... define la enemistad.

Lévi-Strauss cita el siguiente pasaje de Marcel Mauss:

> ...durante un periodo considerable y en gran número de sociedades los hombres se enfrentaron en un curioso estado de ánimo, con un temor exagerado y una generosidad igualmente exagerada, que sólo a nuestros ojos parece estúpida. Hay completa confianza o completa desconfianza. El hombre depone las armas, renuncia a la magia y lo da todo, desde una hospitalidad casual hasta una hija o una propiedad.[13]

En la sociedad germánica, el síndrome de "confianza-desconfianza" estaba directamente relacionado con la creencia abrumadora en un destino arbitrario, y esta creencia, a su vez, se reflejaba ante todo en el uso de la ordalía como principal método de aportar la prueba legal. Los dos principales tipos de pruebas eran la del fuego y la del agua, el primero para personas de alto rango, y el segundo para el pueblo común. Originalmente fueron invocaciones a los dioses del fuego y del agua, respectivamente. Quienes se sometían a la prueba del fuego pasaban con los ojos vendados, o descalzos, sobre arados puestos al rojo vivo, o bien sujetaban hierros candentes con las manos, y si las quemaduras se curaban debidamente, quedaban exonerados. La segunda prueba se efectuaba en agua fría o en agua caliente. En el agua fría, el sospechoso era declarado culpable si su cuerpo era llevado por las aguas contra su curso natural, mostrando así que el agua no lo aceptaba. En la caliente, se le declaraba inocente si, después de meter brazos y piernas desnudos en agua hirviendo, salía ileso. Una prueba posterior, más sutil y empleada principalmente por el clero, fue la del bocado: se comía una onza de pan o de queso, diciendo estas palabras: "Cierra, oh Señor, el estómago de este hombre, para que no pueda tragar este pan (o queso) si ha jurado en vano". Si no podía tragar o conservar en el estómago el pan o el queso, era culpable. Esos primitivos detectores de mentiras acaso funcionaran muy bien. Sea como fuere, hubo una considerable resistencia a la abolición de estas pruebas en el siglo XIII.

La ordalía era un ejemplo característico, en palabras de Peter Brown, de

"la mezcla de lo sagrado y lo profano", un "borramiento de las líneas entre lo objetivo y lo subjetivo en la experiencia humana". Dependía de un rito sagrado y dramático para determinar el "juicio de Dios"; y, sin embargo, era "piadosamente lenta", y "ofrecía espacio para maniobrar y dirigir el curso de una situación". El resultado, por lo general, estaba sujeto a interpretación por el consenso de la comunidad. De este modo, grupos pequeños que se veían cara a cara, en gran parte analfabetos, podían enfrentarse a problemas de violencia, engaño o brujería de una manera congruente a la vez con su fe en lo sobrenatural y con necesidades comunales prácticas.[14]

El sistema de juicio por ordalía se combinó con el juicio por juramentos rituales ("compurgación"), y a veces fue remplazado por éste. Venían primero los juramentos previos. Por ejemplo, una parte que reclamara *bot* por robo de ganado juraba: "Por el Señor, ante quien es sagrada esta reliquia, yo juro con pleno derecho [consuetudinario], sin engaño y sin dolo, y sin astucia, que me fue robado el ganado [designándolo] que reclamo, y que he relacionado con [el acusado]".

La parte contraria juraba entonces una negativa de esta afirmación. Por ejemplo: "Por el Señor, ni de palabra ni de obra, no aconsejé ni intervine, cuando un ganado fue ilegalmente apartado [del quejoso]". O bien, "Así como tengo ganado, así vino de mi propia propiedad y así, por derecho [consuetudinario], es propiedad mía, y criado por mí".[15]

Esos juramentos abrían el juicio. Entonces, el *moot* decidía a qué parte le tocaría el juramento de prueba. El día señalado comparecían ambos bandos, y aquel al que le tocaba dar juramento lo hacía de acuerdo con una fórmula fija. Sin embargo, para completar el juramento debía tener cierto número de compurgadores o ayudantes del juramento dispuestos a jurar en fórmulas de apoyo. El número de ayudantes de juramento dependía de su *wer* y del delito que se estaba juzgando. Por ejemplo, podían jurar: "Por el Señor, el juramento es limpio y sin perjurio [el quejoso o el acusado] que ha jurado".[16]

Todos los prejuramentos, negativas, juramentos finales y juramentos de apoyo, para ser válidos, habían de repetirse impecablemente, "sin error ni lapso". Todos estaban puestos en forma poética, con uso abundante de aliteraciones. Por ejemplo, un juramento empleado en los juicios por derecho a la tierra, dice lo siguiente:

> Lo sostengo como él lo sostuvo, que él la puso a la venta y yo la poseeré, y nunca renunciaré a ella, ni a parcela ni a tierra labrantía, ni a prado ni a morada, ni a surco ni del tamaño de un pie, ni a tierra ni a pastura, ni a tierra fresca ni a marisma, ni a tierra yerma ni a prado, ni a bosque ni a cercado, ni a tierra ni a arena, ni a tierra seca ni a agua.[17]

La formalidad de la prueba y su carácter dramático se relacionaban con el hecho de que la ley era casi enteramente oral. "Mientras el derecho no sea escrito", escribe Maitland, "deberá ser dramatizado y actuado. La justicia debe ponerse un atuendo pintoresco, o no será vista". La observación de Maitland hace eco a la del historiador y lingüista alemán del siglo XIX Jakob Grimm, quien habla del "elemento sensual" del derecho germánico, en contraste con el elemento más abstracto y conceptual tan prominente en sistemas jurídicos más "maduros".[18] La expresión de reglas jurídicas en imágenes poéticas ayudaba a grabarlas en la memoria. Entre las frases comunes estaban "no pedido ni comprado, así que con mis ojos lo vi y con mis oídos lo oí", "trampa o dolo", "casa y hogar", "justo y recto", "de aquí o de allí". La ley estaba contenida en una multitud de proverbios. El más antiguo derecho irlandés se expresaba en forma de poesía.

Las cualidades dramáticas y poéticas del derecho germánico se asociaban a la flexibilidad de su sustancia.

> Los hombres eran especialmente propensos a expresar cláusulas que se relacionaban con el tiempo y el espacio de manera tan ingenua e inexacta que dejaban espacio al azar en casos particulares. A menudo declaraban que algo sería la regla mientras el gallo camine o vuele, el gato salte o se arroje una piedra o un martillo, o lo que se pueda alcanzar con una hoz. Una ley durará mientras el viento sople desde las nubes y el mundo permanezca fijo... o se adquirirá tanta tierra como se pueda recorrer a su alrededor a caballo o en asno en cierto tiempo, como se pueda revolver con el arado, o cubrir con cueros.[19]

Esta manera de expresión "ingenua e inexacta" convenía bien a las necesidades de pueblos que aún no habían adquirido una visión científica, con su dualismo de sujeto y objeto. Para los pueblos de Europa en la época germánica la vida estaba mucho menos separada en compartimientos de lo que después estaría; era mucho más una cuestión de participación total; por ello, el habla poética y simbólica íntimamente asociada con todo el ser y con el inconsciente era más apropiada que el lenguaje prosaico y literal, sobre todo en las ocasiones solemnes en que intervenía la ley.

Algunos ejemplos del carácter simbólico y ceremonial del derecho germánico son las transferencias de tierra mediante la entrega de una ramita y un poco de pasto, o de sombrero y guantes, o tocando el paño del altar o la cuerda de una campana; poner la viuda la llave de la casa sobre el féretro del marido muerto, si deseaba librarse de la carga de sus deudas; el uso del báculo en las transacciones jurídicas (por ejemplo, su entrega en un contrato de prenda); el apretón de manos como la habitual confirmación de los juramentos de fe y de contrato; y el empleo de varios ceremoniales, en posición sedente al asumir una tierra o un cargo.[20]

Los elementos dramático y poético del derecho germánico —sus elementos miméticos— elevan el habla legal por encima del habla ordinaria, poniendo así una distancia entre el derecho y la vida común. Desde luego, en todas las sociedades es necesario que el derecho sea separado por un ritual de la rutina diaria, por una ceremonia y por una fe reflejada en el ritual y la ceremonia: la fe en el poder de ciertas palabras dichas de cierta

manera para producir ciertos efectos denominados "legales". Es necesaria esta clase de magia si se quiere que el derecho funcione. No obstante, cada época tiene su propia magia, que refleja su concepto particular de la realidad última. El concepto germánico postulaba un destino esencialmente arbitrario como centro de la vida, y la magia legal germánica reflejaba ese concepto.

El juicio germánico era una continuación simbólica del *blood feud,* y los bandos se lanzaban juramentos uno a otro en lugar de golpes. El resultado de la prueba, como el resultado de una batalla, era decisión del destino, del *wyrd*. Como lo ha dicho James Gordley: "El conflicto incesante de familias que pretendían ganar *lof* a expensas de la otra, era un principio cosmológico en que se unían todas las fuerzas de la naturaleza".[21] A la postre, era decisivo el poder arbitrario del *wyrd*. Según dice un poema anglosajón:

> Bien contra mal; juventud contra vejez;
> Vida contra muerte; luz contra tinieblas;
> Ejército contra ejército; enemigo contra enemigo;
> Lo hostil contra lo hostil luchará siempre
> Contendiendo por la tierra y vengando agravios
> Un hombre sabio debe ponderar la lucha de este mundo.[22]

La misma palabra *dom* (perdición) —juicio— era empleada para referirse a un decreto de *wyrd* y al resultado de un juicio. En palabras de Beowulfo:

> A menudo el Destino salva
> al hombre no condenado, si su valor es bueno.[23]

Ésta era la faceta heroica del derecho germánico: era enemigo contra enemigo trabados en mortal lucha por el honor, y, sin embargo, cada uno estaba dispuesto a aceptar el decreto del *wyrd*, por terrible que fuese.

Pero había otra faceta, la comunidad de camaradería y confianza representada dentro del propio hogar. Y esta comunidad se extendía a toda la tribu o *folk*. El *moot* actuaba como una familia. Tenía su paz, su *frith* (en alemán moderno, *Friede).* Se reunía no sólo para zanjar disputas, sino para dar consejo y consulta y analizar los problemas en forma amigable. Se interesaba en establecer justicia *(riht*; en inglés moderno "right", en alemán moderno, *Recht).* Los hombres sabios, los *witan* ("conocedores", "testigos"), daban su opinión en un esfuerzo por mantener unida la asamblea de las familias. También la tribu, el *folk*, trataba de protegerse actuando colectivamente contra los malhechores: el grito justiciero —llamado en el derecho anglosajón el "grito" o la "alarma" ("¡Mirad, mirad!")— era la señal para que todos se unieran en persecución del delincuente. Un corolario de esto era la característica pena de ostracismo en el caso de los delitos más graves; al menos teóricamente, a nadie se le permitía comunicarse con el proscrito, que acababa por morir de hambre e insolación.

El simbolismo del *mund* y el *frith* —protección y paz— que caracterizaba a la familia y al *folkmoot* era al mismo tiempo el simbolismo de seguridad, prenda y rehén: era el simbolismo del juramento y de darse la mano y de otros actos ceremoniales de paz. Al hacer juramentos que los colocaban bajo la protección de los dioses, y después de Dios, las partes adquirían el grado de confianza necesario para poder someterse, cuando lo hacían, a la compurgación y las pruebas, o a aceptar garantías, prendas y rehenes por *bot* y *wer*. No podían violar sus juramentos sin amenazar el fundamento mismo de la vida familiar y tribal, pues ésta se basaba en ellos.

La importancia de la familia dentro de la tribu no debe oscurecer la creciente relevancia de los nexos de señorío y los nexos de comunidad territorial. Desde los tiempos más remotos hubo una aristocracia hereditaria, y con el tiempo el señorío por servicio llegó a ser tan importante como el señorío de sangre. Escribe H. R. Loyn:

> La lealtad a un señor ha sido tema constante de la poesía épica. Desde el reinado de Alfredo [871-900, y, debe añadirse, entre los francos al menos desde el reinado de Carlomagno, un siglo antes] se convirtió en el espíritu móvil central, al forjar la sociedad. Lucharás por tu pariente cuando sea atacado, salvo contra tu señor: eso no lo permitimos, decía una ley de Alfredo. En tiempos de sus sucesores, el hombre sin señor era visto, más o menos, como una anomalía. La sociedad se mantenía unida por nexos de lealtad del hombre al señor, y del señor que también era un *thegn* [sirviente real en las localidades] al rey.[24]

Así como los nexos de señorío llevaban hasta el rey, como gran señor, así los nexos de comunidad territorial llevaban hasta el rey como gobernante de toda la tierra. Con todo, como dice Loyn, "No había conflicto entre el poder del parentesco y el señorío secular".[25] Y, de manera similar, no había conflicto entre el poder del parentesco y la comunidad territorial. La familia del señor era similar a las familias dentro de la comunidad tribal, y la familia del rey como gobernante de todas las tierras también era similar a las familias dentro de la comunidad tribal. Todos se encontraban atrapados en el paradigma de *wyrd* y *lof, mund* y *frith, bot* y *wer, borh* y *wed;* todos se basaban en juramentos de mutua protección y servicio. Todos eran parte de un orden jurídico que resolvía los conflictos por los "opuestos binarios" (según la frase de Lévi-Strauss) de *blood feud* o su resolución por ordalía o compurgación.[26] Otras instituciones características de este orden jurídico eran la alarma judicial al descubrirse un delito (en latín *clamor,* del que se deriva el término jurídico "claim"; en anglosajón, *hcream,* del que se deriva "scream"); la proscripción, que incluía la confiscación de todos los bienes y el riesgo de ser muerto por cualquiera con impunidad; y la rendición noxal, es decir, rendición a la víctima del objeto o esclavo por el cual se había cometido el delito.

Los historiadores de la jurisprudencia a menudo han dado a este tipo de derecho el nombre de derecho arcaico. En sus lineamientos principales fue característica no sólo de los pueblos germánicos en el periodo anterior al final del siglo XI, sino de todos los pueblos indoeuropeos, desde Kent hasta Cachemira, en un momento u otro de su desarrollo. Desde luego, había incontables diferencias locales de lugar a lugar, e infinidad de cambios con el paso del tiempo; y, sin embargo, había un estilo jurídico común.[27]

Elementos dinámicos del derecho germánico: cristianismo y realeza

La asamblea del pueblo germánico o *moot* no sólo emitía *dooms* (juicios) en casos particulares, sino también emitía decretos generales que, asimismo, eran llamados *dooms*. Sin embargo, no se consideraba que los *dooms* fuesen legislación en el sentido moderno; antes bien, se les veía como afirmaciones divinamente inspiradas de costumbres antiguas. Eran la voluntad de los dioses; o, mejor dicho, tras la introducción del cristianismo, la voluntad de Dios. Tenían una realidad objetiva. Los sabios de la asamblea no eran llamados legisladores, sino voceros de la ley. La ley que hablaba por ellos era obligatoria por ser antigua; era antigua por ser divinamente instituida. El "derecho" cambió lenta y subrepticiamente; todo cambio manifiesto del orden jurídico exigía una justificación muy poderosa. "Hasta la enmienda de la ley [era] considerada como juicio, como manifestación de aquel elemento del derecho hasta entonces no revelado, un acto de juicio del pueblo, por medio de su *witan*."[28]

A pesar de todo, dos factores directamente interconectados actuaban en favor del cambio abierto y consciente: uno de ellos fue la influencia del cristianismo sobre los conceptos jurídicos; el otro fue el desarrollo de la realeza como institución translocal y transtribal, uniendo a grandes zonas que contenían varios pueblos.

Podría suponerse que la nueva religión que gradualmente se propagó por toda Europa entre los siglos V y X amenazaría la existencia misma del derecho consuetudinario germánico, fundado —como estaba— en mitos tribales de dioses guerreros, en la adoración de ríos, bosques y montañas, en conceptos de la ascendencia divina de los reyes tribales, en la lealtad absoluta a los nexos de parentesco y de señorío y en la fe suprema en el destino. El cristianismo remplazó los viejos mitos por el evangelio de un creador universal, padre de todos los hombres, que una vez apareció en la tierra en forma de su hijo, Jesucristo, cuyo culto nos libera de las cadenas de todos los lazos terrenales, nos libera del destino, nos libera de la muerte misma. Estas ideas nuevas debieron parecer extrañas y abstractas a los hombres germánicos.

Por otro lado, el cristianismo también enseñaba una doctrina más práctica: que las colinas, los valles, los bosques, los ríos, las rocas, el viento, la tempestad, el sol, la luna, las estrellas, las fieras, las serpientes y todos los demás fenómenos de la naturaleza fueron creados por Dios para servir al hombre, y no estaban poseídos (como lo creían los pueblos germánicos) por deidades sobrenaturales hostiles, y que por tanto, las tribus errantes y guerreras podían establecerse en la tierra sin temor. Esto fue predicado y practicado en los siglos V, VI, VII y VIII por decenas de miles de monjes, los que a su vez se establecían en los desiertos, primero como ermitaños y luego en comunidades monásticas, y atraían a muchos otros a unírseles trabajando la tierra. De este modo, el monasticismo cristiano fue uno de los factores que hicieron surgir el campesinado europeo. El movimiento monástico, que cundió a través de Europa partiendo de Irlanda y Gales, combatió las supersticiones de la naturaleza que dominaban las religiones germánicas, y opuso al calendario pagano —basado en la naturaleza y en las cuatro estaciones— un calendario cristiano basado en los hechos bíblicos y en las vidas de los santos.[29]

Además, el cristianismo atrajo a los pueblos germánicos por su concepto de una comunidad —la Iglesia— que trascendía el parentesco, la tribu y el territorio. Por una parte, en contraste con el paganismo germánico, el cristianismo no trataba a los reyes como descendientes de los dioses, sino como seres humanos, expuestos como todos los demás a ser castigados por Dios por sus pecados. Por otra parte, los gobernantes germánicos seguían siendo los jefes religiosos supremos de sus respectivos pueblos, nombrando obispos y dictando las prácticas litúrgicas y otros asuntos religiosos. Además, podían empezar a reclamar la lealtad de la gente de otras familias, tribus y territorios: traerlos a la verdadera fe o, si ya se habían convertido, unirlos en la verdadera Iglesia.

En general, las creencias y las prácticas cristianas atrajeron grandemente al hombre germánico. Por primera vez le dieron una actitud positiva hacia la vida y hacia la muerte, un propósito más grande que daba cabida a las tragedias y los misterios de su existencia. Al lado del cristianismo, los viejos mitos paganos parecieron rudos y vacíos. Se puede sentir la pasión en las palabras del rey Alfredo, en la célebre "Adición" a su traducción de Boecio, "Yo digo, como todos los hombres cristianos, que lo que nos rige es un propósito divino, y no el destino". Al mismo tiempo, no le fue fácil al hombre germánico captar la cosmología y la ética cristianas. Si las tomaba en serio, amenazaban con socavar no sólo su anterior sistema de creencias, sino todo su orden social.

No obstante, si el cristianismo constituía una amenaza para las instituciones sociales germánicas, ¿por qué logró hacer conversos entre los jefes tribales germánicos y entre las familias reinantes? La pregunta se basa en una premisa falsa. Al principio, el cristianismo no constituyó una amenaza para las instituciones sociales germánicas.

Es importante no confundir el cristianismo germánico con el moderno

cristianismo occidental, sea católico o protestante. En realidad, estaba mucho más cerca de la ortodoxia oriental, tal como era entonces y como lo es aún hoy en algunos países. El cristianismo germánico casi no se interesó en reformar las instituciones sociales; tampoco estaba orientado básicamente a la unidad y el poder eclesiásticos. Su mensaje trataba de la vida del mundo venidero —cielo e infierno— y la preparación para esa vida mediante la plegaria y la humildad y la obediencia personales.[30] Los más elevados ideales cristianos de los primeros mil años de historia eclesiástica, tanto en Oriente como en Occidente, estaban simbolizados ante todo por las vidas de los santos y por el monasticismo, con su insistencia en retirarse espiritualmente del mundo temporal. Pero aparte del monasticismo, la Iglesia como organización estaba casi totalmente integrada con la vida social, política y económica de la sociedad. No estaba opuesta al orden político, sino dentro de éste. La religión iba unida a la política, la economía y el derecho, así como éstos iban unidos entre sí. Se entremezclaban las jurisdicciones eclesiástica y secular.

La Iglesia predicaba la santidad y producía santos; esto fue algo nuevo para los pueblos del Norte y del Oeste de Europa, que antes habían glorificado sólo a los héroes. Pero la Iglesia no se opuso al heroísmo y a los héroes; sólo ofreció una alternativa, un ideal superior. De manera similar, la Iglesia no se opuso al *blood feud* ni a las ordalías; sólo dijo que éstos no podían producir la salvación, que venía de la fe y de las buenas obras. En realidad, la mayoría de los obispos y sacerdotes de la Iglesia llegaron a participar de lleno en la corrupción y la violencia que caracterizaron esa época; esto era inevitable, porque en general eran nombrados por los políticos más importantes de entre sus amigos y parientes. El cristianismo fue germanizado al mismo tiempo que los pueblos germánicos eran cristianizados.[31] Ciertamente, el movimiento monástico, por su ejemplo como por su doctrina, intentó enseñar los ideales cristianos de sacrificio y servicio y amor al prójimo —y, al mismo tiempo, mejoró las técnicas de la agricultura— entre los pueblos germánicos. Pero los conventos que brotaron por toda Europa entre los siglos VI y X, al principio cada uno con su propia regla, no ofrecieron un programa de reforma jurídica secular; en cambio, ofrecieron una vida ascética, de trabajo y plegaria como preparación para la vida del mundo venidero. También esto tuvo el efecto de devaluar las instituciones jurídicas germánicas, sin remplazarlas.

En realidad, el cristianismo apoyó las instituciones jurídicas germánicas de ordalía y compurgación al reforzar el concepto de una subyacente inmanencia divina. Tanto la religión germánica como el cristianismo que inicialmente la remplazó presuponían que los poderes sobrenaturales eran inmanentes dentro de la esfera natural, y que el mundo accesible a los sentidos era, según dice Marc Bloch, una "máscara detrás de la cual ocurrían los hechos de verdadera importancia". El *iudicium dei* se basó en la fe en tales poderes sobrenaturales inmanentes e internos.[32] Sólo cuando la Iglesia cambió su ponderación hacia un Dios trascendente, que inspira al hombre a imitarlo entonces las ordalías, las ayudas de juramento, los duelos y el juicio por paladines cedieron ante un procedimiento "racional" para descubrir la verdad interrogando a testigos.

A pesar de todo, esto no significa que el cristianismo anterior al siglo XI no tuviese ningún efecto positivo sobre el derecho consuetudinario de los pueblos europeos. Por lo contrario, produjo cambios considerables. En primer lugar, la conversión al cristianismo dio un ímpetu a la escritura de las costumbres tribales: podemos ver esto en la Ley Sálica adoptada por Clodoveo, primer rey cristiano de los francos; en las Leyes de Etelberto, gobernante de Kent, quien fue el primer rey cristiano de Inglaterra;[33] y cuatro siglos después, en la *Russkaia Pravda* de los primeros príncipes cristianos de la Rusia kievana.[34] Por una parte, el cristianismo introdujo la escritura, y ésta permitió fijar las costumbres (y especialmente las sumas monetarias acostumbradas), que de otra manera habrían quedado inciertas. Esto facilitó las negociaciones para zanjar disputas; también robusteció la incipiente jurisdicción de las autoridades públicas al castigar las formas más graves de delito. Además, la sagrada escritura de la Biblia sugirió una manera de atribuir un nuevo tipo de santidad a la costumbre: la escritura misma se volvió un rito. En segundo lugar, anotar las costumbres ofreció una oportunidad de hacerles algunos cambios sutiles... así como otros no tan sutiles. El clero cristiano, que se volvió asesor del rey, y que tenía el don de la escritura, necesitaba protección. De hecho, los monjes en particular necesitaban una protección especial ya que, en cierto sentido, estaban fuera del sistema tribal; de algún modo, eran gente sin parentesco (los del "clero secular" —los no monjes— generalmente se casaban). No es casualidad que las Leyes de Etelberto comiencen así: "El robo de propiedad de Dios y de la Iglesia será pagado doce veces".

Pero no todos los cambios que el cristianismo trajo al derecho consuetudinario fueron atribuibles a factores políticos. A la larga, los factores morales probablemente desempeñaron una parte mayor aún. Los "códigos" germánicos contienen vigorosas exhortaciones en favor de unos valores jurídicos más justos y más humanos. Por ejemplo, las Leyes del rey Alfredo comienzan con los Diez Mandamientos y con una reiteración de las leyes de Moisés, un resumen de los Hechos de los Apóstoles y referencias a las penitenciales monásticas y a otras leyes de la Iglesia. Las propias leyes de Alfredo, aunque en gran parte eran una recapitulación de anteriores colecciones, contienen cláusulas tan sorprendentes como: "Condena por igual: no des una condena al rico y otra al pobre; no des una condena a tu amigo y otra a tu enemigo".[35]

El cristianismo quebrantó la ficción de lo inmutable del derecho consuetudinario. En forma gradual, entre los siglos VI y XI, el derecho germánico, con sus abrumadoras especificaciones de sexo, clase, raza y edad, fue afectado por la doctrina cristiana de la igualdad fundamental de todos ante

Dios: mujer y hombre, esclavo y libre, pobre y rico, niño y adulto. Estas creencias mejoraron la posición de las mujeres y de los esclavos y la protección a los pobres y los desamparados. Asimismo, el cristianismo ejerció un efecto importante sobre la prueba judicial por juramentos, ya que el juramento empezó a adoptar formas cristianas y fue apoyado por sanciones eclesiásticas. Se administraban juramentos por sacerdotes en las iglesias ante los altares, ante reliquias y pidiendo sanciones divinas contra la falsedad; y el jurar en vano quedó expuesto a castigos eclesiásticos. En realidad, los juramentos tomaron un lugar al lado de las ordalías como principal modo de juicio. Sólo se retuvieron las ordalías como prueba para quienes no tenían parientes que juraran por ellos (o que, por alguna razón, no podían presentar los necesarios ayudantes del juramento), y para quienes tenían mala reputación, en cuyos juramentos no podía creerse, así como también por ciertos delitos bien tipificados; pero en otros casos, un método de prueba igualmente común llegó a ser el de la compurgación. Como antes, los ayudantes de juramento eran principalmente los parientes, y en él subsistía un poderoso elemento de lealtad, implícito en el concepto de *ayuda* del juramento. Pero la Iglesia añadió el riesgo de ofender a Dios con el perjurio, y la obligación, si alguien perjuraba, de confesar el pecado a su sacerdote y someterse a una penitencia. Además, no sólo el perjurio, sino también todas las demás obstrucciones a la justicia se consideraron pecados, sujetos a disciplina penitencial. Por ejemplo, la persistencia en el *blood feud* tras una razonable oferta de satisfacción era una ofensa contra Dios; había que confesarla a un sacerdote y expiarla mediante ayuno y otras formas de penitencia.

El cristianismo también dio mayor relieve al papel de la realeza en el desarrollo del derecho consuetudinario en el periodo anterior al final del siglo XI, y especialmente a la responsabilidad real de velar porque la justicia tribal fuese moderada por la piedad, y que los pobres y desamparados fuesen protegidos contra los ricos y poderosos. En los siglos VIII, IX, X y XI se consideró que los reyes francos y anglosajones eran nombrados por Dios para actuar como jueces en casos extraordinarios. Viajando por sus reinos —y continuamente se les veía en camino, pues había pocos medios de comunicación—, atendían casos, en nombre de la piedad, de viudas o de huérfanos, o de quienes no tenían familias ni señores para protegerlos; casos de los peores delitos en que ningún pago monetario podía dar compensación. Ésta fue parte de su jurisdicción espiritual como patriarcas de su pueblo.

También en lo político, el cristianismo sirvió para transformar al gobernante de jefe tribal *(dux)* en rey *(rex)*. Una vez convertido al cristianismo, el rey ya no sólo representaba las deidades de su tribu: además, representaba a una deidad universal cuya autoridad se extendía a todas las tribus, o por lo menos a muchas de ellas. De hecho, llegó a ser jefe de un imperio. El cristianismo era una ideología unificadora. Bajo sus estandartes, Carlomagno (quien gobernó a los francos del año 768 al 814, y que fue coronado

emperador en 800) movilizó a los diversos pueblos de su imperio, formando un ejército unificado para guerrear contra árabes, sajones, daneses y eslavos, mientras que del otro lado del Canal, reyes mercios (y un siglo después, el rey sajón Alfredo *el Grande)* establecían una hegemonía militar sobre las diversas razas de Inglaterra y acababan por expulsar a los invasores escandinavos. La universalidad del reino imperial llegó a prevalecer —al menos durante varios periodos— sobre las lealtades tribales, locales y familiares: una universalidad basada no sólo en el poderío militar, sino también en la autoridad espiritual del rey (o emperador) como cabeza de la Iglesia. Carlomagno convocó a concilios eclesiásticos e hizo leyes eclesiásticas desde antes de aceptar ser coronado emperador por el obispo de Roma. Como lo ha dicho Christopher Dawson, "Carlomagno consideró al Papa como su capellán, y claramente dijo a León III que al rey le toca gobernar y defender la Iglesia, y al Papa le toca orar por él". De manera similar, Alfredo fue jefe de la Iglesia en Inglaterra.[36] Como aparece en las Leyes de Etelredo (cerca de 1000 d. c.), "Un rey cristiano es el vicario de Cristo entre el pueblo cristiano, y debe vengar con la mayor diligencia las ofensas contra Cristo".[37] En general, pese a ciertas tensiones entre papas y emperadores, el clero apoyó la supremacía imperial, incluyendo la jefatura imperial de la Iglesia misma.

Tanto la autoridad real como la eclesiástica fueron factores dinámicos en el desarrollo de las instituciones jurídicas. Especialmente a partir del siglo VIII, los reyes extendieron su paz —su derecho familiar— más allá de sus propias familias, cortes, amigos, sirvientes y mensajeros. Aun en los siglos VI y VII habían hecho muy enérgicos esfuerzos por regular y limitar el *blood feud*; por ejemplo, habían exigido el pago a personas y familias por ciertos delitos, aun cuando no se hubiese violado la paz de su propia casa real. Gradualmente, más y más delitos fueron juzgables por el propio rey. La traición, el asesinato y el adulterio se volvieron delitos capitales. En los siglos VIII y IX los emperadores francos, y en los siglos IX y X también los reyes anglosajones, abiertamente asumieron la responsabilidad de mantener la paz del rey por sus territorios. En el juramento redactado por el arzobispo Dunstan de Cantorbery para la coronación del rey Edgardo en 973, éste juró que la "verdadera paz" quedaría asegurada para "todo pueblo cristiano" en su reino, que se prohibirían los asaltos y los "hechos injustos" y que "la justicia y la piedad" debían imperar en todos los juicios.[38] Durante un tiempo, los emperadores francos habían prestado juramentos similares. Con el tiempo, se encontraron maneras de aplicar tales juramentos, nombrando funcionarios reales que supervisaran las asambleas locales y por medio de otros recursos administrativos destinados a mantener la influencia real sobre tribus y localidades. Además, un feudalismo incipiente, en que el rey desempeñaba el papel de señor principal, sirvió para reforzar su función pacificadora.

Reyes y obispos promulgaron leyes nuevas y establecieron tribunales

INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Las necesidades de la burocracia real y eclesiástica generaron nuevas instituciones jurídicas, más refinadas que las de la cultura tribal y local. Por ejemplo, delegados reales convocaban a jurados e interrogaban a testigos. Edictos reales, así como decisiones y decretos eclesiásticos, llegaron a constituir una importante fuente del derecho. De este modo, un derecho oficial *(Amtsrecht*, como lo llamó Rudolph Sohm) se desarrolló al lado del derecho de tribu *(Volksrecht)*.[39] El derecho oficial y muchos rasgos del derecho consuetudinario de los pueblos fueron influidos por el derecho romano tal como existía en los territorios conquistados por los invasores pueblos germánicos. Se conservaron muchas reglas romanas: por ejemplo, la de que una transacción inmoral o ilegal sería nula, la de que una venta o donativo arrancado con violencia o amenaza sería nulo, la de que un deudor atrasado debía pagar intereses sobre su deuda. De hecho, hubo una recepción —y al mismo tiempo, una vulgarización— del derecho romano.[40] Una analogía moderna es la recepción de un tipo occidental de derecho en Japón y China a finales del siglo XIX y comienzos del XX, que gobernaba ciertas relaciones oficiales y de la clase superior, pero que virtualmente no afectaba el orden jurídico consuetudinario entre el pueblo en general.

Así, en Europa, hasta el final del siglo XI, los contornos básicos del derecho consuetudinario siguieron siendo tribales y locales, con algunos elementos feudales. El nexo de parentesco continuó siendo la definición básica y la garantía primaria de la posición jurídica de una persona.[41] Los reyes mostraron poca iniciativa para crear derecho consuetudinario. Virtualmente no hubo ninguna ley real de contrato o de propiedad o del propietario y el inquilino, y muy pocas leyes reales sobre crímenes y daños. Cuando los reyes lograron establecer cierto grado de administración de las localidades, por medio de delegados reales, éstos fueron asimilados por las localidades a las que supuestamente administrarían en nombre del rey, o bien se volvieron sus propios amos. Las colecciones escritas de leyes que los reyes promulgaron en ocasiones, estableciendo costumbres que había que conocer o establecer mejor, no fueron legislación en el sentido moderno, sino, antes bien, exhortaciones a mantener la paz y hacer justicia y desistir de todo delito. El rey tenía que rogar y orar, como dice Maitland, pues no podía ordenar y castigar. De hecho, hay leyes germánicas que contienen cláusulas en donde se afirma que cuando una persona ha agotado sus oportunidades en los tribunales locales, *no* deberá recurrir al rey en busca de remedio.

Sin la menor duda, un factor de la debilidad de la autoridad central fue económico y tecnológico: pese a cierta intensificación del comercio y cierto crecimiento en el número de las ciudades y su población durante los siglos VIII, IX, X y principios del XI, pese a las mejoras de la tecnología agrícola; pese al desarrollo de artesanías y a un avance general en las artes y la cultura, la economía siguió siendo casi enteramente local, y la tecnología existente no permitía comunicaciones eficientes entre el centro y la periferia. Estos factores económicos y tecnológicos se mezclaron con los subyacentes factores religiosos y políticos: la legitimidad de la autoridad central se basaba en el cristianismo, cuya cosmovisión estaba en marcado conflicto con la del tribalismo germánico con su fe en el honor y el destino; y al mismo tiempo, la autoridad central carecía de un concepto del papel independiente de la ley como medio de aplicar conceptos y valores cristianos y de racionalizar y controlar los procesos sociales, económicos y políticos. Los elementos dinámicos de la ley no estaban sistematizados y eran débiles; predominaban los elementos estáticos. La ley era concebida como expresión de la mentalidad inconsciente del pueblo, como producto de su "conciencia común" (en palabras de Fritz Kern),[42] y no básicamente como expresión deliberada de la razón consciente o de la voluntad. En este aspecto era como el arte, como el mito, como el idioma mismo.

El derecho penitencial y su relación con el consuetudinario

Podremos obtener una visión más profunda de la naturaleza del orden jurídico que prevalecía en Europa hasta finales del siglo XI si examinamos más minuciosamente el sistema de castigos introducido por la Iglesia de Occidente o, antes bien, por las Iglesias, pues a pesar del gran prestigio del obispo de Roma como *primus inter pares* ("primero entre iguales"), aún no había en Occidente una Iglesia católica romana separada, corporativa y organizada, ni una entidad legal unificada, sino, antes bien, una invisible comunidad espiritual de obispados individuales, iglesias locales y conventos subordinados a unidades tribales y territoriales y feudales, así como a los reyes y al emperador.

El sistema de penitencias se originó en los conventos. Cada comunidad monástica tenía su propio orden jurídico en miniatura, su propia "regla" de trabajo y oración, y de administración y disciplina. Cada una era independiente, sometida tan sólo al dominio último del obispo de la diócesis. A partir del siglo VI, varios abates importantes escribieron colecciones de reglas, llamadas "penitenciales", que asignaban penitencias específicas por diversos pecados.[43] Al principio se asignaron diversas cantidades de azotes o latigazos por varias formas de mala conducta; con el tiempo, las sanciones físicas se diversificaron más, y se les añadieron sanciones no físicas. La penitencia habitual llegó a ser el ayuno en ciertos tiempos, a lo que vinieron a añadirse limosnas, obras pías e indemnización a las víctimas. De este modo, el monasticismo cristiano, sin rechazar los viejos métodos comunales de resolución de disputas y castigo, ofreció sus propios procedimientos, más preocupado por el cuidado de las almas que por aplacar la sed de venganza.

Pronto llegaron a escribirse penitenciales no sólo para disciplina de los monjes, sino de todo el pueblo cristiano. En el siglo XI, veintenas de tales

penitenciales circulaban entre el clero de los pueblos de Occidente. Se difundieron (como el propio movimiento monástico) desde Irlanda, Gales y Escocia hasta los reinos anglosajón y franco, incluyendo los territorios orientales del Imperio franco, hasta España, Lombardía, la propia Roma y también Escandinavia. Eran colecciones no oficiales de reglas compiladas por clérigos particulares, y no pretendían ser obligatorias, sino tan sólo guiar a los sacerdotes al tratar a las personas que confesaban sus pecados. Su carácter difirió mucho en los diversos lugares y en diferentes siglos.

Las fuentes más antiguas de los penitenciales de Occidente son las prácticas de la Iglesia en los primeros siglos de la era cristiana, tanto en Oriente como en Occidente, que exigían penitencia pública por pecados horribles. En los primeros siglos se pedía que todos los penitentes se presentaran al obispo durante ciertas épocas del año; el obispo, en ceremonia solemne y elaborada, los sentenciaba, según la gravedad de sus pecados, a diversos periodos de ayuno y privación de los sacramentos. Por ejemplo, las Epístolas Canónicas de Basilio *el Grande,* del siglo IV, enumeraban diversas penitencias por varios delitos sexuales o maritales, como violación, adulterio, bigamia e incesto; por crímenes religiosos como magia, idolatría y profanación de tumbas; y por lo que en un periodo muy posterior se llamaría delitos seculares, como homicidio de varias clases, robo, perjurio, aborto e infanticidio. Suponíase que el sacramento de la penitencia aportaba una reconciliación permanente con Dios y con el prójimo. Por tanto, sólo había una penitencia así como sólo había un bautismo; como resultado, la penitencia llegó a aplazarse hasta el fin de la vida.[44]

La práctica de la penitencia pública sólo sobrevivió esporádicamente en Occidente después del siglo V. Bajo la influencia celta, en gran parte fue remplazada por la penitencia privada, que podía repetirse a voluntad por la confesión secreta de cada persona a un sacerdote, y por la imposición secreta de la obligación de cumplir la penitencia. Los tipos de delitos cubiertos por los penitenciales de Occidente se derivaron de los antiguos modelos orientales, pero se les añadieron tipos nuevos. Los delitos "seculares" también eran pecados; de hecho, las palabras "delito" y "pecado" eran intercambiables. Los penitenciales a menudo distinguían entre los grandes pecados, llamados "crímenes capitales" (*capitalia crimina),* y los pecados menores *(peccata minora).* Los crímenes principales o capitales no estaban definidos por las acciones, sino, antes bien, por los estados mentales o motivaciones; por lo general eran siete: soberbia, envidia, incontinencia, ira, amargura *(accidia,* a veces llamada *tristitia seculi;* "tristeza del mundo"), gula y avaricia.[45] En el caso de un tipo particular de acción —por ejemplo, el homicidio— la penitencia variaba, según los motivos del culpable al cometer el acto, y también de acuerdo con otras circunstancias. La penitencia capital impuesta por el sacerdote quedaba a su propia discreción, guiada por los penitenciales.

Los penitenciales no establecían un procedimiento de juicio, aunque con

el tiempo sí llegaron a indicar los tipos de preguntas que debían hacer los sacerdotes. El procedimiento era el del confesionario. Se aplicaban penitencias por pecados confesados a un sacerdote. Por lo general, la confesión era informal y privada, y el sacerdote tenía el sagrado deber de no divulgarla. Sin embargo, en algunos penitenciales (especialmente francos de los siglos IX y X, que al respecto se oponían a la tradición celta), la penitencia pública quedaba reservada a pecados notorios.[46] Pero, público o privado, en última instancia el sistema penitencial se basaba en el consentimiento del pecador para confesarse y cumplir la penitencia... Y, desde luego, en la poderosa presión social de la comunidad, que provocaba ese consentimiento.

Aunque los penitenciales solían asignar la penitencia por determinado pecado en forma de cierto número de días, meses o años de ayuno, también ofrecían una gran variedad de tipos de expiación, como oraciones y vigilias, lectura de salmos y peregrinaciones. También preveían una indemnización a las víctimas y ayuda a sus parientes; así, en casos de paliza, podía pedirse que el delincuente pagara el tratamiento médico de la víctima, que hiciera su trabajo y que entregara una indemnización. La propiedad robada o la propiedad obtenida o retenida por fraude debía ser restituida.[47] También desde temprana época se desarrolló la práctica de permitir la sustitución de un tipo de penitencia por otro en caso de necesidad. Por ejemplo, si alguien estaba demasiado débil para hacer un ayuno, se le permitía sustituirlo por cierto número de lecturas de los Salmos. Con el tiempo se introdujo la conmutación en pago monetario, a la manera del derecho consuetudinario y, en casos excepcionales, el pago podían hacerlo los parientes. Esto produjo varias formas de penitencia por interpósita persona, incluyendo la penitencia vicaria por sacerdotes, cantando misas en nombre del pecador. La permutación de largas sentencias de ayuno y de oración adoptó a veces formas extrañas, como la de dormir en el agua, sobre cáscaras de nuez o con un cadáver en la tumba, o recitar un salmo siete veces, manteniendo los brazos en cruz (la "honrada vigilia de la cruz").

Los historiadores modernos del derecho canónico han afirmado que tales recursos reducían el arrepentimiento y la gracia a una "formalidad artificial". Sin embargo, se debe reconocer que el sistema de penitencias no tuvo en la época germánica la misma significación que después adquirió. Por una parte, los pagos monetarios por ofensas y la expiación en grupo fueron rasgos centrales del derecho germánico. Por otra, antes de que finalizara el siglo XI la disciplina penitencial no había llegado a ser un sistema científico de reglas y procedimientos. No se había establecido el deber absoluto de confesarse antes de recibir el sacramento de la santísima comunión. En general, los sacramentos aún no se habían legalizado. El sistema penitencial permitía muchas variaciones de método y hasta de principio entre los diversos obispados y conventos, y aun posiblemente entre las parroquias. Ante todo, no se creía que el sacerdote tuviese el

poder de absolver al penitente de las consecuencias de su pecado. Si acaso, podía rezar para que, como resultado de la penitencia, Dios o San Pedro, o uno de los demás santos, absolviera al pecador. Sólo en el periodo posgermánico, es decir, a finales del siglo XI y en el XII, después que la Iglesia se hubo establecido como entidad legal, de que estuviera plenamente desarrollado el concepto jurídico de representación y después que quedaron legalizados los sacramentos, sería posible que el sacerdote dijera *Ego absolvo te.*[48]

La concepción básica de los penitenciales consistía en que la penitencia era medicina del alma. Así, el Penitencial de Burcardo de Worms, cerca de 1010 d. c., comienza con las siguientes palabras:

> Este libro es llamado "el corrector" y "el médico", ya que contiene amplias correcciones para cuerpos y medicinas para almas, y enseña a cada sacerdote, hasta al más ignorante, cómo deberá dar ayuda a cada persona, ordenada o no ordenada, pobre o rica, niño, joven u hombre maduro; decrépito, sano o enfermo; de cualquier edad y de cualquier sexo.[49]

La idea de castigo quedaba subordinada a la idea de cura; y la cura era el establecimiento de una relación apropiada con Dios, es decir, con la vida en conjunto, incluyendo la vida del mundo venidero. El castigo último era la excomunión, que significaba privación del derecho de participar en los sacramentos de la Iglesia (incluyendo la comunión, el matrimonio, el entierro y otros); esto pretendía romper —temporalmente— la relación del pecador con Dios y con la Iglesia hasta que, por medio de la fe y de obras, se hubiese preparado para la reconciliación. Era una medida extrema, con efecto similar a la proscripción, pues no sólo se acumulaban maldiciones sobre el culpable, sino también, prospectivamente, sobre cualquiera que acudiese en su ayuda. En su mayoría, los castigos eran más sutiles. Había una teoría general, derivada de los conceptos médicos de la época, de que "los contrarios se curan por los contrarios". "El deber de un médico es enfriar lo que está caliente, calentar lo que está frío, secar lo que está húmedo y humedecer lo que está seco".[50] Esto tuvo un reflejo, por ejemplo, en la provisión del Penitencial de Columbano, de que "la persona charlatana sea sentenciada al silencio, el perturbador a la mansedumbre, el glotón al ayuno, el dormilón a la vigilia".[51] Por derramamiento de sangre, normalmente se requería deponer todas las armas; por falta de castidad, se pedía abstención de toda relación marital.

Y, sin embargo, se autorizó toda una gama de variaciones y sustituciones, dependiendo del culpable individual. Como dice el prefacio del Penitencial atribuido a Beda:

> Pues no todos deberán ser pesados en una misma balanza, aunque estén asociados en una culpa, sino que habrá discriminación para cada uno de ellos, es decir: entre rico y pobre, libre o esclavo, niño, muchacho, joven, viejo; estúpido, inteligente; laico, clérigo, monje; obispo, presbítero, diácono, subdiácono, lector, ordenado o no ordenado; casado o soltero; peregrina, virgen, canonesa o monja; el débil, el enfermo, el sano. Hará una distinción del carácter de los pecados o de los hombres. Una persona continente o una que es incontinente, voluntariamente o por accidente; [si el pecado fue cometido] en público o en secreto; con qué grado de compunción [el culpable] se enmienda por necesidad o por intención; el lugar y el momento [de los delitos].[52]

"De este modo", dice el obispo Mortimer, "la casuística y la teología moral penetraron en el derecho canónico".[53]

La ley de la penitencia, codificada en los penitenciales, contrastaba marcadamente en muchos aspectos con el derecho consuetudinario como se había desarrollado desde los tiempos precristianos. Este derecho consuetudinario se interesaba fundamentalmente en contener el *blood feud;* la ley penitencial de la Iglesia, en la atención de las almas. El derecho consuetudinario basaba sus sanciones por un daño principalmente en la gravedad del daño; la ley penitencial de la Iglesia, en el carácter y el grado del daño. El derecho consuetudinario se apoyaba principalmente en conceptos de honor y de destino; el derecho penitencial de la Iglesia, en conceptos de arrepentimiento y perdón. El derecho consuetudinario tendía básicamente a la represión o evitación de conflictos violentos dentro de la comunidad tribal, local y señorial; el derecho penitencial de la Iglesia, a la conservación del bienestar espiritual de la comunidad de los fieles y la preparación de sus almas para la vida eterna.

No obstante, a pesar de estos contrastes, la ley penitencial y el derecho consuetudinario pertenecían a la misma cultura. Todos los grandes delitos "seculares" —homicidio, robo y similares— también eran pecados que había que expiar por medio de la penitencia; y todos los principales delitos "eclesiásticos" —pecados sexuales y maritales, hechicería y magia, violación de votos monacales, etc.— también eran delitos prohibidos por el derecho consuetudinario, y sometidos a sanciones seculares. De hecho, las autoridades "seculares" que administraban el derecho penal eran, en gran parte, el propio clero. Por tanto, no podemos hablar de una separación de la ley secular y la espiritual, o de la ley secular y la eclesiástica en este periodo de la historia occidental. El derecho consuetudinario y el derecho penitencial cubrían, por decirlo así, el mismo terreno. Desde luego, lo cubrían de diferentes modos. Los escritos de la época, del siglo VI a comienzos del XI, se refieren a los dos modos, en términos de "ley terrenal" o "ley del hombre", por una parte, y "ley de Dios", por la otra. Pero lo que hoy llamamos el Estado y la Iglesia se interesaban, por igual, en cada tipo de ley. Podemos encontrar una buena ilustración de esto en una cláusula de las leyes del rey anglosajón Etelredo: "Y todo el que en adelante viole de algún modo las justas leyes de Dios o del hombre, que las expíe celosamente... tanto por penitencia divina como por corrección terrenal".[54] De este modo, las leyes penitenciales fueron aplicadas por el rey y declaradas aplica-

bles a todos los delitos, fuesen contra Dios o contra el hombre. Podemos encontrar otro ejemplo en la advertencia de una de las *Missi Dominici* enviadas por Carlomagno para moderar la administración local. "Hemos sido enviados aquí", empieza, "por nuestro Señor, el emperador Carlomagno, para vuestra salvación eterna, y os encargamos vivir virtuosamente de acuerdo con la ley de Dios, y justamente de acuerdo con la ley del mundo".[55] Los reyes francos y anglosajones a menudo emitieron leyes que requerían penitencias eclesiásticas para entrar en vigor contra violadores de las leyes terrenales.

El derecho consuetudinario, contando sólo con débiles medios de aplicación, necesitó el apoyo del derecho penitencial para mantener su propia santidad, especialmente la santidad de los juramentos en que había llegado a basarse el derecho consuetudinario. Más aún, el derecho penitencial reforzó el énfasis del derecho consuetudinario en el acuerdo negociado, y enérgicamente favoreció el lado de la "confianza" en el síndrome "confianza-desconfianza". Los penitenciales se apropiaron el término germánico de indemnización (en anglosajón, *bot*), como palabra para significar la penitencia. Se pagaba *bot* por injuria a Dios; a veces se le llamaba *bot* de Dios en los penitenciales anglosajones, y también en general en el derecho anglosajón, y a veces simplemente *bot*. La forma verbal *gebete* significaba "arrepiéntete de", "expía", "redime". El *bot* impuesto por los sacerdotes por pecados contra Dios contenía elementos de expiación, así como de restitución. La oferta de un *bot* razonable a la víctima o a sus parientes era, por tanto, una oferta de reconciliación que había que respetar. También era una oferta que se exigía hacer al pecador, y a la víctima o a sus parientes aceptar: no por el derecho consuetudinario, sino por el derecho divino. No es sorprendente que el bot del derecho consuetudinario llegara a estar imbuido por conceptos de expiación y de reconciliación, tomados del *bot* penitencial. Todavía en el segundo decenio del siglo XII, un manual llamado *Leyes de Enrique I (Leges Henrici Primi)* sostenía repetidas veces que el derecho inglés prefería el acuerdo amistoso al litigio, *amor* o *amicitia* a *iudicium*. Ésta fue una época en que el viejo sistema de derecho consuetudinario era desafiado por nuevas ideas de legalidad. Su desconocido autor (probablemente un eclesiástico de la corte del rey inglés) siguió la tradición de los penitenciales al escribir:

> Todas las causas... preferiblemente serán arregladas por concordia amistosa *[pax]*... Aquellos a quienes el tribunal del condado encuentre en disputa mutua, los unirá en acuerdo amistoso *[amor]*, o emitirá juicio entre ellos... Pero si se exige un juramento de reconciliación *[juramentum pacationis]*, el ofensor jurará... que si el acusador se encontrara en la misma posición... él aceptaría la oferta de indemnización, o renunciaría a toda enmienda... Si alguien hace enmiendas a otro por su mal... y después con el propósito de llegar a un acuerdo amistoso *[amicitia]* con él, le ofrece algo junto con un juramento de reconciliación *[pacis]*, se recomienda a aquel a quien se hace la oferta que deje toda la cosa y no conserve para sí ninguna sugestión de la afrenta *[contumelie]*... Cuando cualquiera de ellos tenga la opción... de un acuerdo amistoso... éste será tan obligatorio como una decisión legal *[iudicium]*. Con respecto a las disputas entre vecinos... deberán reunirse en el tribunal del límite de sus tierras, y el que haga la primera acusación tendrá la primera justicia. Si hubiera que llevar una disputa a otra parte, procederán al tribunal de su señor... y en su tribunal, un acuerdo amistoso los unirá *[eos amicitia congreget]*, o entre ellos se hará un juicio formal *[sequestret iudicium]*; si la situación fuese otra, procederán al tribunal de los cien en caso de necesidad... Pues es regla de ley que alguien que involuntariamente comete un mal, que conscientemente haga enmienda. Sin embargo, deberá tratársele con piedad y compasión, a manos de los parientes del difunto, cuanto mejor comprendemos que la especie humana se enferma con las arideces de una cruel fortuna, y con la lamentación melancólica y mísera de todos.[56]

Más de un siglo antes de las *Leges Henrici Primi*, un código de Etelredo había dicho: "Cuando un *thegn* tenga una opción entre amor y ley" —es decir, arreglo o juicio— y escoge el amor, esto será tan obligatorio como el juicio".[57] Doris M. Stenton escribe que la importancia de esta declaración, que reaparece en latín en las *Leges Henrici Primi*, estriba en el hecho de que una decisión judicial "probablemente dejará insatisfecha a una de las partes y ésta pensará en causar disturbios". Pasa a observar que, en las actas de procesos anglosajones de los siglos X y XI, "es notable cuán a menudo un bando que ha tenido éxito completo en los alegatos, finalmente llega a un compromiso, dejando a su adversario para siempre en posesión de las tierras en disputa".[58] Lo que lady Stenton escribe acerca del derecho anglosajón queda confirmado por informes de casos francos y otros de la Europa de la época. Como dice Stephen White, las disputas, tanto en Inglaterra como en la Europa continental en los siglos X y XI, a menudo se concluían mediante compromisos formales, simbolizados por un intercambio de regalos que era, claramente, muestra de amistad y de mutua confianza. Añade que a esos acuerdos formales se llegaba a menudo por los buenos oficios de mediadores a los que a veces se llamaba "amigos y vecinos".[59]

Sin embargo, no debemos exagerar la influencia de los penitenciales o de la ley de penitencia de la Iglesia sobre el derecho consuetudinario en el periodo que va del siglo VI al X. La división cristiana entre la ley de Dios y la ley del mundo ciertamente favoreció y fomentó algunas de las tendencias más benignas de la ley del mundo, especialmente lo que Max Gluckman, refiriéndose a las actuales sociedades primitivas, ha llamado "la paz dentro de la enemistad".[60] Pero en aquellos siglos, el cristianismo no alteró la estructura fundamental del derecho consuetudinario germánico; no pudo hacerlo, aunque sólo fuese porque la Iglesia como institución —fuera de los conventos— estaba plenamente integrada a la sociedad germánica. Visto en abstracto, el conflicto entre la cosmovisión cristiana y la germánica era cada vez más enconado: *caritas* contra honor, piedad contra destino, un orden natural pacífico y armonioso contra un orden natural dominado

por fuerzas diabólicas, la salvación eterna contra unos valores temporales sacros, asociados al parentesco y a la monarquía. Pero el conflicto de cosmovisiones no se tradujo en una acción social. Ante las instituciones sociales, el cristianismo de aquella época adoptó —en su mayor parte— una posición esencialmente pasiva. Aun después de ser desarrollado por Carlomagno el concepto del rey como gobernante del "imperio cristiano", siguieron prevaleciendo instituciones sociales paganas. La monarquía, escribe Wallace-Hadrill,

> se ha transformado en un cargo con deberes y derechos definidos por clérigos... ¿No debiéramos llamar cristiana, más que germánica, a la monarquía? Creo que sigue siendo germánica; la guerra aún ocupa un primer plano en la sociedad occidental: sigue siendo un modo de vida, tanto como un medio de supervivencia o de expansión.[61]

De manera similar, con respecto al derecho criminal, el derecho de propiedad y aun el derecho matrimonial, continuaron predominando los nexos de parentesco que, a la postre, eran aplicados por medio del *blood feud* y de su arreglo. La Iglesia predicaba el matrimonio por consentimiento de los cónyuges, pero muchos padres seguían casando desde la niñez a sus hijos. La Iglesia desacralizó la naturaleza y declaró pecado la práctica de la magia o la superstición, pero el hombre germánico siguió creyendo en demonios y poderes de las rocas y los árboles, y practicando su magia y sus supersticiones y, de hecho, la Iglesia acabó por asimilar muchas de las supersticiones paganas y —especialmente en el derecho— las recubrió con fórmulas y ritos cristianos.

Visto desde la perspectiva del año 1100 o 1150, el derecho consuetudinario de los pueblos de la Europa septentrional y occidental en el año 1000 parece sumamente primitivo. En 1000 no había una especialización jurídica profesional. No había una clase de juristas preparados para actuar como jueces, abogados o asesores en tribunales eclesiásticos, reales, urbanos, señoriales, mercantiles u otros. No había un concepto del derecho como conjunto de principios, *corpus iuris*, en que se reconciliaran costumbres y leyes diversas y contradictorias. No había libros de texto sobre derecho, ni profesores que los glosaran. No había un concepto del derecho como objeto de estudio distinto de la teología y la filosofía; en realidad, ni siquiera la teología y la filosofía eran concebidas como disciplinas de estudio.

Además, vistas desde la perspectiva del siglo XII, las instituciones y la legislación y adjudicación de los pueblos de la Europa septentrional y occidental en el año 1000 eran muy rudimentarias. Aunque los reyes decretaran leyes, lo hacían raras veces y casi siempre para reafirmar o revisar costumbres preexistentes. La autoridad de los papas, metropolitanos y obispos como legisladores también se hallaba limitada en gran parte a una

ocasional reafirmación o revisión de reglas existentes, expuestas por la Sagrada Escritura o por los Padres de la Iglesia o los concilios eclesiásticos. No había ninguna idea de que autoridades reales o eclesiásticas tuviesen la tarea de desarrollar sistemáticamente un conjunto de ley estatutaria. Los llamados códigos, fuesen de leyes terrenales o de la ley de Dios, eran colecciones fragmentarias de costumbres específicas o reglas determinadas, de carácter elíptico, sin definiciones de principios o conceptos. De manera similar, con respecto a la adjudicación no existían tribunales profesionales, es decir, tribunales con jueces profesionales, y no había ninguna idea de que los casos se debieran decidir de acuerdo con un sistema ya desarrollado de principios generales. Desde luego, sí había reglas y procedimientos establecidos para castigar los delitos, para indemnizar por daños, para aplicar acuerdos, para distribuir propiedades a la muerte de su dueño y para enfrentarse a muchos otros problemas relacionados con la justicia. Cada uno de los pueblos de Europa tenía su propio *orden* jurídico bastante complejo. Pero ninguno tenía un *sistema* legal en el sentido de una estructura conscientemente articulada y sistematizada, de instituciones jurídicas bien diferenciadas de otras instituciones sociales y cultivadas por un cuerpo de personas preparadas *ex profeso* para esa tarea.

No sólo el estilo del temprano derecho consuetudinario europeo, sino también su contenido, nos parece primitivo según las normas de la tradición jurídica occidental como se ha desarrollado desde los siglos XI y XII; y en realidad, fue expresamente condenado como bárbaro por juristas ulteriores. En el siglo XII y después, finalmente se renunció a los anteriores modos "mágico-mecánicos" de prueba por ordalía y compurgación o duelo, que fueron remplazados. La responsabilidad de parentesco y las costumbres locales y feudales que se aplicaban en cada lugar cedieron ante normas más "racionales" de derecho procesal y sustantivo. La ley eclesiástica de la penitencia, manifestada en los penitenciales de los siglos VI a X, también pareció primitiva a los juristas canónicos de los siglos XI y XII, que la sometieron a cambios importantes.

Por otro lado, si se adoptó una perspectiva diferente y más vasta —no la perspectiva de la tradición jurídica occidental como después se desarrolló, sino la de conceptos legales e instituciones jurídicas de culturas no occidentales—, los rasgos negativos del anterior derecho consuetudinario son menos notables que sus rasgos positivos.

Como en muchas culturas no occidentales, el derecho básico de los pueblos de Europa de los siglos VI a X no fue un conjunto de reglas impuesto desde arriba, sino, antes bien, una parte integral de la "conciencia común" de la comunidad. El pueblo mismo en sus asambleas públicas legislaba y juzgaba; y cuando los reyes afirmaron su autoridad sobre la ley, lo hicieron principalmente para guiar la costumbre y la conciencia jurídica del pueblo, y no para rehacerla. Los lazos de parentesco, de unidades señoriales y de comunidades territoriales *eran* la ley. Si se violaban esos

nexos, la respuesta inicial era buscar venganza, pero suponíase que la venganza cedería —y habitualmente así ocurría— a la negociación, por sanciones pecuniarias y reconciliación. A menudo, la adjudicación era una etapa del proceso de reconciliación. Y así la paz, una vez perturbada, sería restaurada por la diplomacia. Más allá de las cuestiones de justicia e injusticia estaba la cuestión de la reconciliación de las facciones en guerra. Lo mismo puede decirse de la ley de muchas sociedades contemporáneas llamadas primitivas de Asia, África y América del Sur, así como de muchas civilizaciones antiguas, del pasado y del presente.

Antes de la profesionalización y de la sistematización del derecho, se dejaba más espacio a las actitudes y creencias del pueblo y a sus ideas inconscientes, sus procesos de pensamiento mítico. Esto hizo surgir procedimientos jurídicos que dependieron mucho del ritual y el símbolo, y que en ese sentido eran sumamente técnicos, mas, por lo mismo, el derecho sustantivo era flexible, y en gran parte no era técnico. Derechos y deberes no se ajustaban a la letra de los textos legales, sino eran, en cambio, un reflejo de los valores comunitarios, una ley viva que brotaba, según los términos de Fritz Kern, "de los pozos creadores del subconsciente". Kern reconoció que el derecho consuetudinario de este temprano periodo de la historia europea a menudo fue "vago, confuso e impráctico, técnicamente torpe", pero también que fue "creador, sublime y apropiado a las necesidades humanas".[62] También estas caracterizaciones son aplicables a los conceptos y procesos jurídicos de muchas culturas iletradas contemporáneas de África, Asia y América del Sur, así como a civilizaciones complejas, letradas y antiguas, como las de China, Japón e India.

Así, muchas características del derecho consuetudinario germánico, que a ojos occidentales pueden parecer flaquezas, en cambio a ojos no occidentales pueden parecer ventajas. La ausencia de movimientos de reforma del derecho, de una complicada maquinaria jurídica, de una poderosa autoridad legislativa central, de una poderosa autoridad judicial central, de un cuerpo de ley independiente de creencias y emociones religiosas, de una ciencia jurídica sistemática, sólo es una cara de la moneda. La otra cara es la presencia de un sentido de la plenitud de la vida, de la interrelación del derecho con todos los demás aspectos de la vida, un sentido de que todas las instituciones jurídicas y procesos legales así como las normas y decisiones legales están bien integradas en la armonía del universo. El derecho, como el arte, el mito y la religión y como el lenguaje mismo, no era para los pueblos de Europa, en las primeras etapas de su historia, sólo cuestión de hacer y de aplicar reglas para determinar la culpa y decidir el juicio, no eran un instrumento para separar a unos de otros sobre la base de un conjunto de principios, sino, antes bien, cuestión de mantener unido al pueblo, de reconciliación. El derecho era concebido principalmente como un proceso mediador, un modo de comunicación y no, en lo fundamental, como un proceso de legislatura y de toma de decisiones.

A este respecto, el derecho consuetudinario germánico y de otros pueblos de Europa tenía mucho en común con ciertas filosofías jurídicas orientales. En la tradición de los sufistas del Medio Oriente, uno de los relatos sobre Mulla Nasrudin lo pinta como magistrado, atendiendo su primer caso. El quejoso habla tan persuasivamente que Nasrudin exclama: "Creo que tienes razón". El amanuense del tribunal le pide contenerse, pues aún hay que oír al acusado. Al escuchar los argumentos del acusado, Nasrudin vuelve a entusiasmarse tanto que grita: "Creo que tienes razón". El amanuense del tribunal no puede tolerarlo. "Su señoría", le dice, "no pueden tener la razón ambos". "Creo que tienes razón", replica Nasrudin.[63] Ambos están en lo correcto, pero no pueden tener razón ambos. Y la respuesta no se encontrará haciendo la pregunta ¿quién tiene razón? Se encontrará salvando el honor de ambos bandos y, así, restaurando la relación que debe haber entre ellos.

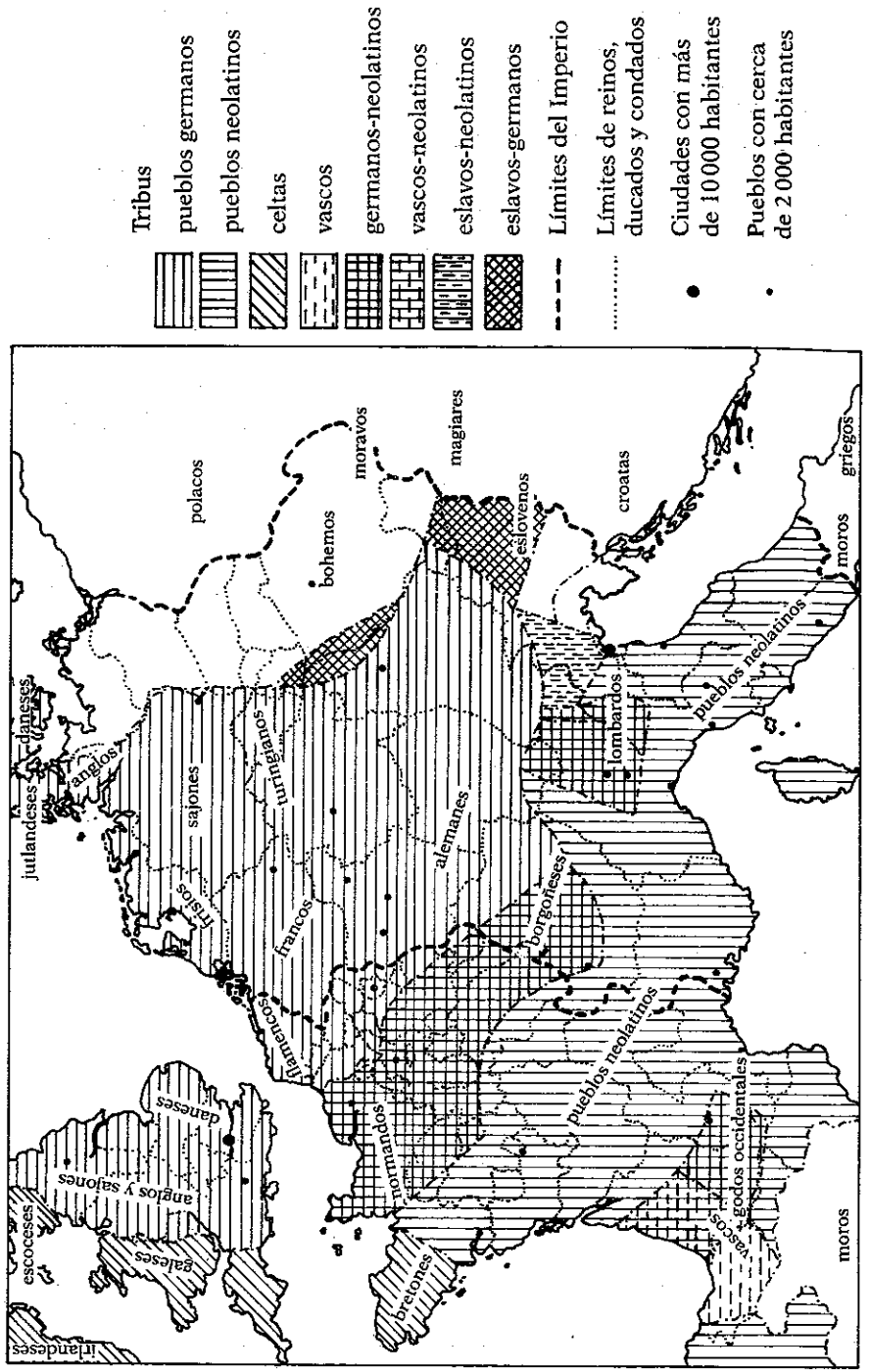
En la tradición de los pueblos de Asia que han vivido la poderosa influencia del pensamiento budista y confucianista, el dominio social no se encuentra básicamente en la asignación de derechos y deberes por un sistema de normas generales, sino en el mantenimiento de las relaciones adecuadas entre miembros de la familia, entre familias dentro de unidades de señorío, y entre familias y unidades de señorío dentro de comunidades locales, bajo el emperador. La armonía social es más importante que "dar a cada quien lo suyo". En realidad, "cada quien" no se concibe como un ser distinto de su sociedad —o del universo—, sino como parte integral de un sistema de relaciones sociales sujeto al Principio del Cielo. Por ello, en las antiguas civilizaciones de Asia se subrayaban los lados de la vida tradicional, colectiva e intuitiva, y los lados intelectual, analítico y legal eran fundidos y subordinados a ellos.[64]

Esto también pudo decirse de los pueblos de Europa antes de la gran explosión de finales del siglo XI y comienzos del XII. Los mitos populares que dominaron su pensamiento antes (y después) de la introducción del cristianismo no establecieron una marcada división entre magia y lógica, o entre el destino y las reglas del derecho penal. Y tampoco el cristianismo —una religión del Oriente— estableció una clara división entre la fe y la razón.

Pero, ¿es posible decir que existe el derecho en una sociedad cuyo orden social refleja un concepto "oriental" de la fusión o armonía de todos los aspectos de la vida social? ¿Existe un derecho, por ejemplo, entre los tiv del norte de Nigeria, que tienen un sistema de control social basado en lealtades de clan y de linaje, en represalias de clan y en la reparación ritual para evitar el castigo por fuerzas sobrenaturales, pero que no tienen instituciones gubernamentales claras, no hay tribunales ni palabra en su lenguaje que designe la ley?[65] Aceptan entre ellos ciertas reglas como obligatorias, ciertas decisiones como de autoridad y ciertos procedimientos para declarar eficaces estas reglas y decisiones. El hecho de que *ellos* no distin-

gan estos procedimientos y distinciones y reglas, de la religión, la política, la economía y la vida familiar, y no los llamen "ley", ¿significa que *nosotros* no debamos llamarlos ley? ¿No podemos decir que entre los tiv —y en otras muchas sociedades— *lo que llamamos derecho* es totalmente difuso, totalmente integrado a instituciones y procesos religiosos, políticos, económicos, familiares y otros? A. S. Diamond, quien define el derecho como las reglas de conducta cuya violación tropieza regularmente con sanciones impuestas por la comunidad por medio de procedimientos regulares, declara categóricamente que "los tiv no tienen derecho". Según Diamond, con su orientación occidental, "el derecho en todo el sentido de la palabra" consiste en "reglas de conducta aplicables por un órgano del Estado"; esta definición casi seguramente excluiría el derecho germánico (incluyendo el derecho anglosajón y el franco), el cual, dice Diamond, en realidad sólo estaba "cerca de los comienzos del derecho".[66]

El paradigma de un orden social en que el derecho es en gran parte difuso, en gran parte hundido en las instituciones y los procesos sociales, religiosos, políticos, económicos, familiares y otros —y la tesis de que semejante orden precedió históricamente el desarrollo de los sistemas jurídicos de la civilización occidental— fue planteado hace más de un siglo en los escritos de sir Henry Maine. Maine escribió que los antiguos códigos de derecho romano, griego e hindú, tanto en Oriente como en Occidente, "mezclaban ordenanzas religiosas, civiles y simplemente morales sin consideración a las diferencias de su carácter esencial", y que "la separación del derecho de la moral y la religión de la ley sólo corresponde a etapas *posteriores* del progreso mental".[67] Responder a estas afirmaciones como lo hace Diamond, diciendo que los primeros códigos contienen muy poca "materia religiosa", que son "enteramente seculares" y que "no muestran ninguna confusión entre ley y religión", es cometer petición de principio sobre lo que es ley y lo que es religión.[68] En efecto, Maine arguyó que unas reglas que a un observador moderno podrían parecerle "completamente seculares" —por ejemplo, la de que quien mata a un hombre libre debe pagar como *wergeld* 100 chelines y que quien mata un noble debe pagar como *wergeld* 300 chelines— en realidad estaban unidas a las reglas morales y religiosas de la sociedad. No basta decir que semejante regla debe distinguirse de las reglas jurídicas modernas sólo en la medida en que hay una ausencia de gobierno centralizado u otra "maquinaria legal" específica para aplicarla (como ha argüido Dennis Lloyd),[69] o que el modo de aplicación de la ley (por ordalía o compurgación) era religioso, pero que la regla misma era secular (como querría Diamond).[70] Lo importante es que todo el sistema germánico de reglas de indemnización pecuniaria por daños era parte del paradigma de *wyrd* y *lof, wer* y *bot, mund, frith, borh, wed:* parte del sistema de *destino* y de *honor* que unía el derecho con la religión, la política, la economía y las lealtades de clan y de familia. Diamond reduce al absurdo su propio argumento cuando afirma que gran parte de la ley he-



MAPA 1. *Europa occidental hacia el año 1050*

brea del Antiguo Testamento también es de "derecho secular", totalmente distinto de la religión. Los hebreos nunca reconocieron esa distinción y la habrían denunciado; para ellos, cada palabra de la Biblia era sagrada.

Yo afirmo que el derecho consuetudinario de los pueblos de Europa de los siglos VI a X era inextricable de la religión y la moral y que, sin embargo, era un derecho, un orden jurídico, una dimensión legal de la vida social; y que, además, tiene sentido identificar como dimensión jurídica de la vida social el sentimiento compartido de los miembros de cualquier comunidad —hasta una familia, un vecindario o una escuela— de que son regidos por derechos y deberes mutuos derivados de una autoridad reconocida por ellos. En cuanto un niño invoca los principios de igualdad, congruencia y adherencia a una promesa o regla —para argüir, por ejemplo, que tiene derecho a cierto juguete, porque su hermano lo tuvo antes y porque siempre se lo turnan y porque es *suyo* y porque su padre lo dijo—, entonces sí tiene sentido hablar de una apelación al Derecho o a la Ley. Tal argumento podría ser rebatido por algunos sistemas de crianza de los niños, en especial por los que han recibido la poderosa influencia de la ética confucianista. No obstante, el hecho de que haya que rebatir el argumento es, hasta cierto punto, prueba de que refleja un principio inherente a cierto orden social.

No es que una familia —o una aldea— gobernada por la ética confucianista no tenga ley, sino que la dimensión jurídica de su vida está íntegramente subordinada a lo no legal, el *fa* al *li*.[71] No es que los tiv carezcan de un derecho, sino que sus derechos y deberes jurídicos están absolutamente interrelacionados con instituciones y valores religiosos y de otra índole; y lo que vincula el derecho consuetudinario de los pueblos germánicos de Europa con éstos y con otros órdenes jurídicos no occidentales es el hecho de que el derecho consuetudinario estuviera subordinado a las lealtades de parentesco y señorío y monarquía, e integrado a la heroica lucha por el honor en un universo gobernado por el destino.

Si hay una expresión que puede describir lo que tienen en común todos estos diversos órdenes jurídicos, ésa es la santidad de la costumbre. Ésta es sagrada, como sagradas son sus normas. En palabras de Sófocles, "estas leyes no son para hoy ni para ayer, están vivas para siempre; y nadie sabe quién nos las enseñó primero" *(Antígona)*. En este tipo de orden jurídico, la ley no es algo que pueda ser hecho y rehecho conscientemente por unas autoridades centrales; puede haber una legislación ocasional pero, en su mayor parte, la ley es algo que brota de las pautas y normas de conducta, de los modos y costumbres populares, de la propia comunidad. Además, en este tipo de orden legal la costumbre no es sometida a un escrutinio racional consciente, sistemático y continuo de los juristas. La costumbre es tan sagrada que acaso no se le debiera llamar sagrada; tan sólo es respetada, indiscutida e indiscutiblemente.

Sin embargo, el derecho consuetudinario germánico no embona con fa-

cilidad en el modelo o arquetipo del derecho consuetudinario; o, en realidad, en ningún otro modelo o arquetipo, incluyendo el derecho arcaico y el derecho primitivo, aunque sólo fuera porque cayó bajo la influencia del cristianismo. El surgimiento del cristianismo y su difusión por Europa fue un acontecimiento único que no puede explicar ninguna teoría social general. Al contradecir la cosmovisión germánica y dividir la vida en dos ámbitos, el cristianismo desafió la santidad última de la costumbre, incluso la santidad última de las relaciones de parentesco, señorío y monarquía. También desafió la santidad última de la naturaleza: por ejemplo, del agua y el fuego de las pruebas. Sin embargo, desafió su santidad *última* sin negarla por completo; por lo contrario, la Iglesia en realidad apoyó las instituciones y los valores sacros del pueblo (incluso las ordalías). La Iglesia los apoyó y al mismo tiempo los desafió al ofrecer una alternativa superior: el reino de Dios, la ley de Dios, la vida del mundo venidero. Cuando la vida se dividió en dos reinos, el eterno y el temporal, el temporal fue depreciado en su valor, pero, por lo demás, no fue directamente afectado. La escisión no ocurrió en la vida de la sociedad, sino en el alma humana. Por otro lado, la vida social fue *in*directamente afectada en formas importantes. La estructura básica del derecho consuetudinario quedó intacta, pero muchos de sus rasgos particulares fueron poderosamente influidos por creencias cristianas.

Si del derecho consuetudinario germánico pudieran borrarse todas las huellas de cristianismo, bien pudiera caer en uno o más de los arquetipos de los órdenes jurídicos que han ofrecido los teóricos sociales. Caería directamente en el derecho arcaico junto con el derecho romano, en la época de las Doce Tablas, la antigua ley hindú y la antigua ley griega. Menos claramente embonaría en el derecho primitivo. Se le podría considerar como una especie de ley característica de un feudalismo incipiente. Y, sin duda, sería un ejemplo de derecho consuetudinario. Empero, tales modelos sólo son parcialmente aplicables a las instituciones legales de los francos, los anglosajones y otros pueblos de Europa en los siglos VI a X. No dejan lugar a los penitenciales, ni a las leyes religiosas emitidas por reyes, ni al papel central del clero en todas las fases del gobierno. Y, ante todo, el cristianismo atribuyó un valor positivo a la ley, en marcado contraste con las actitudes hacia la ley que son características de las religiones o filosofías de otras sociedades, cuya estructura institucional en general es comparable con la de los pueblos cristianizados de Europa.

Empero, si comparamos la situación de la Iglesia en el periodo franco-germánico de la historia europea con la del sacerdocio mosaico en el periodo tribal de la historia de Israel, nos llamará la atención la ambivalente actitud de la Iglesia hacia el derecho, así como su enfoque hacia el otro mundo. De hecho, parte esencial de la fe cristiana de la época era negar el valor de tratar siquiera de reformar de modo fundamental el derecho de este mundo. Había que creer que el derecho del mundo era justo y hasta

sagrado. Fallaba sólo si se le comparaba en valor con la ley de Dios, única que podía salvar al malvado del fuego del infierno.

Fue esta actitud hacia el derecho y hacia la relación de la Iglesia con el mundo la que cambió profundamente a finales del siglo XI y durante el XII. La Iglesia se propuso reformarse a sí misma y al mundo, por ley. Se estableció como entidad visible, corporativa y legal, independiente de las autoridades imperial, real, feudal y urbana. Se articularon cuerpos autónomos de derecho, primero dentro de la comunidad eclesiástica y luego dentro de las diversas comunidades seculares, en parte para mantener la cohesión de cada comunidad, en parte para lograr la reforma de cada una, en parte para lograr un equilibrio entre todas. Pero estos nuevos acontecimientos sólo fueron posibles porque en el periodo anterior ya se habían echado sus bases. Fue entonces cuando se estableció un fundamento para la formación de comunidades estables; esa base fue el integrado *populus christianus*, en que no había separación de la Iglesia y el Estado ni separación del derecho y otros modos de control social. Desde un punto de vista sociológico e histórico, la existencia de semejante sociedad integrada fue requisito necesario para la ulterior creación de sistemas de derecho, eclesiásticos y seculares diversos, autónomos y en competencia. Sin esa integración previa, los nuevos sistemas jurídicos habrían parecido tan sólo mecánicos y burocráticos, y no habrían logrado alcanzar sus propósitos últimos de cohesión, reforma y equilibrio.

A finales del siglo XX, la prehistoria de la tradición jurídica occidental adquiere una importancia especial. Durante las dos generaciones pasadas, la sociedad occidental se ha caracterizado cada vez más por sus divisiones fundamentales de raza, clase, sexos y generaciones. Se han roto los lazos de la fe, y los lazos de parentesco y de la tierra han cedido ante nacionalismos vagos y abstractos. Con el desplome de las comunidades estables, el Occidente ya no tiene confianza en el derecho como medio de proteger los valores espirituales contra las fuerzas sociales, económicas y políticas corruptoras. Desde luego, éste no es un retorno al pasado; y menos que nada, a los comienzos más remotos de la civilización occidental. Sin embargo, en una época de escepticismo, también es importante para los escépticos, ante todo, preguntar por cuál camino histórico ha llegado el hombre occidental a su situación actual y enfrentarse a su propia nostalgia por una época anterior, cuando la gente en realidad creía que "la paz vence al derecho, y el amor vence a la justicia".

II. EL ORIGEN DE LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL EN LA REVOLUCIÓN PAPAL

ENTRE los pueblos del oeste de Europa en el periodo anterior al sigl
derecho no existía como sistema de regulación o de pensamiento.
luego, cada pueblo tenía su propio orden jurídico, el cual incluía oc
les aplicaciones jurídicas por parte de las autoridades centrales, as
innumerables reglas e instituciones jurídicas no escritas, tanto se
como eclesiásticas. Se había heredado un número considerable de té
y reglas jurídicos, en particular del antiguo derecho romano, que
encontrarse en los cánones y decretos de los concilios eclesiásticos
y de obispos en particular, así como en cierta legislación real y en
cho consuetudinario. Sin embargo, en la esfera secular como en la e
tica faltaba una clara separación de otros procesos de control soci
ciertos tipos de preocupación intelectual. El derecho secular en cc
no estaba "desarraigado" de la costumbre tribal, local y feudal en g
o de la costumbre general de las familias real e imperial. Asimismo,
cho eclesiástico estaba en gran parte difuso por toda la vida de la Igl
por sus estructuras de autoridad, así como por su teología, sus cor
morales, su liturgia— y también era fundamentalmente local y re
más consuetudinario que centralizado o aplicado. No había jueces
tas profesionales. No había jerarquías de los tribunales.

También faltaba una concepción del derecho como "conjunto" d
y conceptos. No había escuelas de derecho. No había grandes text
dicos que trataran de las categorías legales básicas como jurisdicci
cedimiento, delito, contrato, propiedad y los otros temas que llegar
el tiempo a formar elementos estructurales de los sistemas jurídic
dentales. No había teorías desarrolladas de las fuentes del derech
relación del derecho divino o el derecho natural con el derecho h
del derecho eclesiástico con el derecho secular, de la ley aplicada co
recho consuetudinario o de los varios tipos de derecho secular —
real, urbano— entre sí.

El carácter relativamente asistematizado de la regulación jurídi
estado relativamente subdesarrollado de la ciencia jurídica estaban
tados en forma directa con las condiciones políticas, económicas y
prevalecientes. Éstas incluían: el carácter predominantemente loca
comunidades tribales, de aldea y feudales; su grado bastante alto de
ficiencia económica; la fusión de autoridades en cada una; la relativa
dad del control político y económico ejercido centralmente por las a
des imperiales y reales; el carácter esencialmente militar y religi

sagrado. Fallaba sólo si se le comparaba en valor con la ley de Dios, única que podía salvar al malvado del fuego del infierno.

Fue esta actitud hacia el derecho y hacia la relación de la Iglesia con el mundo la que cambió profundamente a finales del siglo XI y durante el XII. La Iglesia se propuso reformarse a sí misma y al mundo, por ley. Se estableció como entidad visible, corporativa y legal, independiente de las autoridades imperial, real, feudal y urbana. Se articularon cuerpos autónomos de derecho, primero dentro de la comunidad eclesiástica y luego dentro de las diversas comunidades seculares, en parte para mantener la cohesión de cada comunidad, en parte para lograr la reforma de cada una, en parte para lograr un equilibrio entre todas. Pero estos nuevos acontecimientos sólo fueron posibles porque en el periodo anterior ya se habían echado sus bases. Fue entonces cuando se estableció un fundamento para la formación de comunidades estables; esa base fue el integrado *populus christianus*, en que no había separación de la Iglesia y el Estado ni separación del derecho y otros modos de control social. Desde un punto de vista sociológico e histórico, la existencia de semejante sociedad integrada fue requisito necesario para la ulterior creación de sistemas de derecho, eclesiásticos y seculares diversos, autónomos y en competencia. Sin esa integración previa, los nuevos sistemas jurídicos habrían parecido tan sólo mecánicos y burocráticos, y no habrían logrado alcanzar sus propósitos últimos de cohesión, reforma y equilibrio.

A finales del siglo XX, la prehistoria de la tradición jurídica occidental adquiere una importancia especial. Durante las dos generaciones pasadas, la sociedad occidental se ha caracterizado cada vez más por sus divisiones fundamentales de raza, clase, sexos y generaciones. Se han roto los lazos de la fe, y los lazos de parentesco y de la tierra han cedido ante nacionalismos vagos y abstractos. Con el desplome de las comunidades estables, el Occidente ya no tiene confianza en el derecho como medio de proteger los valores espirituales contra las fuerzas sociales, económicas y políticas corruptoras. Desde luego, éste no es un retorno al pasado; y menos que nada, a los comienzos más remotos de la civilización occidental. Sin embargo, en una época de escepticismo, también es importante para los escépticos, ante todo, preguntar por cuál camino histórico ha llegado el hombre occidental a su situación actual y enfrentarse a su propia nostalgia por una época anterior, cuando la gente en realidad creía que "la paz vence al derecho, y el amor vence a la justicia".

II. EL ORIGEN DE LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL EN LA REVOLUCIÓN PAPAL

ENTRE los pueblos del oeste de Europa en el periodo anterior al siglo XI, el derecho no existía como sistema de regulación o de pensamiento. Desde luego, cada pueblo tenía su propio orden jurídico, el cual incluía ocasionales aplicaciones jurídicas por parte de las autoridades centrales, así como innumerables reglas e instituciones jurídicas no escritas, tanto seculares como eclesiásticas. Se había heredado un número considerable de términos y reglas jurídicos, en particular del antiguo derecho romano, que podían encontrarse en los cánones y decretos de los concilios eclesiásticos locales, y de obispos en particular, así como en cierta legislación real y en el derecho consuetudinario. Sin embargo, en la esfera secular como en la eclesiástica faltaba una clara separación de otros procesos de control social y de ciertos tipos de preocupación intelectual. El derecho secular en conjunto no estaba "desarraigado" de la costumbre tribal, local y feudal en general, o de la costumbre general de las familias real e imperial. Asimismo, el derecho eclesiástico estaba en gran parte difuso por toda la vida de la Iglesia —o por sus estructuras de autoridad, así como por su teología, sus conceptos morales, su liturgia— y también era fundamentalmente local y regional, más consuetudinario que centralizado o aplicado. No había jueces ni juristas profesionales. No había jerarquías de los tribunales.

También faltaba una concepción del derecho como "conjunto" de reglas y conceptos. No había escuelas de derecho. No había grandes textos jurídicos que trataran de las categorías legales básicas como jurisdicción, procedimiento, delito, contrato, propiedad y los otros temas que llegarían con el tiempo a formar elementos estructurales de los sistemas jurídicos occidentales. No había teorías desarrolladas de las fuentes del derecho, de la relación del derecho divino o el derecho natural con el derecho humano, del derecho eclesiástico con el derecho secular, de la ley aplicada con el derecho consuetudinario o de los varios tipos de derecho secular —feudal, real, urbano— entre sí.

El carácter relativamente asistematizado de la regulación jurídica y el estado relativamente subdesarrollado de la ciencia jurídica estaban conectados en forma directa con las condiciones políticas, económicas y sociales prevalecientes. Éstas incluían: el carácter predominantemente local de las comunidades tribales, de aldea y feudales; su grado bastante alto de autosuficiencia económica; la fusión de autoridades en cada una; la relativa debilidad del control político y económico ejercido centralmente por las autoridades imperiales y reales; el carácter esencialmente militar y religioso del

control ejercido por esas autoridades, y la relativa fuerza de los nexos informales comunitarios del parentesco y la tierra y de camaradería militar.

En la Europa occidental de finales del siglo XI, del XII y comienzos del XIII ocurrió un cambio fundamental en la naturaleza misma del derecho, como institución política y, a la vez, como concepto intelectual. El derecho quedó desarraigado. En lo político, por vez primera surgieron autoridades centrales poderosas, tanto eclesiásticas como seculares, cuyo dominio llegaba, por medio de sus delegados, desde el centro hasta todas las localidades. Parcialmente, en relación con esto, surgió una clase especializada de juristas, que incluía jueces profesionales y juristas que ejercían el derecho. En lo intelectual, Europa occidental presenció al mismo tiempo la creación de sus primeras escuelas de derecho, la escritura de sus primeros tratados jurídicos, el ordenamiento consciente de la enorme masa de materiales jurídicos heredados y la creación del concepto de derecho como cuerpo autónomo, integrado y en desarrollo de principios y procedimientos jurídicos.

La combinación de estos dos factores —el político y el intelectual— ayudó a introducir los modernos sistemas jurídicos occidentales, el primero de los cuales fue el nuevo sistema de derecho canónico de la Iglesia católica romana (por entonces llamado, regularmente, *ius canonicum*). También en esa época se le dividió en "derecho antiguo" *(ius antiquum)*, consistente en textos y cánones anteriores, y "nuevo derecho" *(ius novum)*, formado por legislación y decisiones contemporáneas así como interpretaciones contemporáneas de los textos y cánones antiguos. Ante el trasfondo del nuevo sistema de derecho canónico, y a menudo rivalizando con él, los reinos europeos y otras entidades empezaron a crear sus propios sistemas jurídicos seculares. Al mismo tiempo, en casi todas partes de Europa surgieron ciudades libres, cada una con sus propias instituciones gubernamentales y jurídicas, formando un nuevo tipo de derecho urbano. Además, las instituciones jurídicas feudales (señor-vasallo) y señoriales (señor-campesino) pasaron por una sistematización, y apareció un nuevo sistema de derecho mercantil para satisfacer las necesidades de quienes se dedicaban al comercio interurbano, interregional e internacional. El surgimiento de estos sistemas de derecho feudal, derecho señorial, derecho mercantil y derecho urbano, indica claramente que no sólo había en acción factores políticos e intelectuales, sino también sociales y económicos para producir lo que hemos de llamar un desarrollo revolucionario de las instituciones jurídicas. En otras palabras, la creación de modernos sistemas jurídicos a finales del siglo XI, durante el XII y comienzos del XIII no sólo fue una aplicación de teorías y políticas de elites centrales, sino también respuesta a cambios sociales y económicos "en el terreno".

Asimismo entraron en acción factores religiosos. En primer lugar, la creación de sistemas jurídicos modernos fue la respuesta a un cambio revolucionario ocurrido dentro de la Iglesia y en la relación de ésta con las

autoridades seculares. Y aquí el término "revolucionario" tiene todas las modernas connotaciones de lucha de clases y de violencia. En el año 1075, después de unos 25 años de agitación y propaganda del partido papista, el papa Gregorio VII declaró la supremacía política y legal del papado sobre toda la Iglesia, y la independencia del clero de todo control secular. Gregorio también afirmó la supremacía última del papa en asuntos seculares, incluyendo la facultad de deponer emperadores y reyes. El emperador —Enrique IV de Sajonia— respondió con una acción militar. Estalló, esporádicamente, una guerra civil entre los bandos papista e imperial por toda Europa hasta el año 1122, cuando por fin se llegó a un acuerdo por un concordato firmado en la ciudad alemana de Worms. En Inglaterra y Normandía, el Concordato de Bec había dado un respiro temporal en 1107, pero la cuestión no quedó resuelta definitivamente allí sino hasta el martirio del arzobispo Tomás Becket en 1170.

Los grandes cambios ocurridos en la vida de la Iglesia de Occidente y en las relaciones entre las autoridades eclesiásticas y las seculares en la última parte del siglo XI y la primera parte del XII han sido llamadas, tradicionalmente, la Reforma de Hildebrando o la Reforma gregoriana del monje Hildebrando, quien fue un caudillo del partido papista en el periodo que comenzó en 1050 y reinó como papa Gregorio VII de 1073 a 1085. Sin embargo, el término "reforma" es un verdadero eufemismo que refleja, en parte, el deseo del propio partido papista —y de posteriores historiadores católicos romanos— por reducir la magnitud de la discontinuidad entre lo que había ocurrido antes y lo que vino después. El término latino original, *reformatio*, puede sugerir una mayor solución de continuidad, al recordarnos la Reforma protestante del siglo XVI. Otro nombre para señalar la misma época, la Querella de las Investiduras, no es tanto un eufemismo cuanto una afirmación oblicua: al señalar la lucha del papado por arrancar a emperadores y reyes la facultad de "investir" a obispos con los símbolos de su autoridad, el término relaciona el conflicto entre los partidos papista e imperial (o real) con el lema principal de los papas reformadores: "La libertad de la Iglesia". Pero ni siquiera esta dramática divisa transmite todas las dimensiones de la transformación revolucionaria que muchos importantes historiadores han considerado como el primer gran punto decisivo de la historia europea, y que algunos han reconocido como el comienzo de la época moderna.[1] Lo que estaba en juego, en última instancia, era, en palabras de Peter Brown, "la separación de las esferas de lo sagrado y lo profano", de donde surgió una liberación de energía y de creatividad análoga a un proceso de fisión nuclear.[2]

La Iglesia y el Imperio: la Reforma cluniacense

Antes de finales del siglo XI, el clero de Occidente —obispos, sacerdotes y monjes— estaba, por regla general, bajo la autoridad de emperadores, re-

yes y principales señores feudales, mucho más que bajo la de los papas. Por una parte, casi toda la propiedad de la Iglesia pertenecía a esos mismos emperadores, reyes y señores feudales. Como propietarios laicos, no sólo gobernaban las tierras y los ingresos de las Iglesias, sino que también nombraban personas —seleccionadas a menudo entre sus parientes directos— para ocupar los obispados y otros cargos eclesiásticos que eran parte de su propiedad. Esa facultad de nombramiento de los cargos eclesiásticos ("beneficios") a menudo era muy lucrativa, pues por lo general tales cargos entrañaban la obligación de aportar ingresos y servicios en las tierras correspondientes. Así, en general, un obispado era una gran finca feudal, con señores que administraban la economía agrícola y cumplían con los deberes militares, y con campesinos que aportaban la mano de obra. Un cargo oficial menor dentro del obispado —por ejemplo, el de párroco de aldea— también podía constituir una propiedad lucrativa. El patrón tendría derecho a compartir los productos agrícolas y el ingreso por varios tipos de servicios económicos.

Además de su subordinación político-económica, la Iglesia también se veía sometida en su estructura interna al dominio de los laicos principales. Emperadores y reyes convocaban a concilios eclesiásticos y promulgaban el derecho de la Iglesia. Al mismo tiempo, los obispos y otros clérigos importantes formaban parte de cuerpos gubernamentales: locales, de baronía, reales e imperiales. El obispado a menudo era dependencia importante de la administración civil. Los obispos eran grandes miembros de la jerarquía feudal. Las bodas de sacerdotes, muy comunes, les daban importantes nexos de parentesco con los señores locales. Emperadores y reyes investían a obispos no sólo con su autoridad civil y feudal, sino también con su autoridad eclesiástica. Hubo, así, una fusión de las esferas religiosa y política. Una disputa por la jurisdicción de un obispo podía terminar en Roma o en un sínodo regional, pero también podía terminar en el tribunal de un rey o del emperador.

El sistema era similar al que prevalecía en el Imperio romano de Oriente, que después fue denunciado en Occidente como cesaropapismo.

Sin embargo, no es totalmente correcto llamar "laicos" a los reyes y emperadores de la Europa occidental de los siglos VI a XI. Así fue como los llamó el papa después de 1075, pero antes habían tenido indiscutibles funciones religiosas. Cierto que no eran clérigos, es decir, no eran sacerdotes ordenados. Pero sí eran "vicarios de Cristo", figuras sacras consideradas como dirigentes religiosos de su pueblo. A menudo se decía que eran hombres santos por haber sido ungidos, y que tenían poderes taumatúrgicos. En particular, el emperador afirmaba ser el supremo dirigente espiritual de la cristiandad, a quien nadie podía juzgar, pero que en cambio juzgaba a todos los hombres y sería responsable de todos en el día del Juicio Final.[3]

No hay que confundir el Imperio de Carlomagno o de Enrique IV con el

anterior Imperio romano de César Augusto o de Constantino. Aunque se mantuvo una ilusión de continuidad con la antigua Roma, el término carolingio de "imperio" *(imperium)*, no designaba un territorio ni una federación de pueblos, sino la naturaleza de la autoridad del emperador, que en realidad era muy distinta de la de los antiguos emperadores romanos. En contraste con César, Carlomagno y sus sucesores no gobernaban a sus súbditos por medio de una burocracia imperial. No había una capital comparable a Roma o a Constantinopla. De hecho, en marcado contraste con el imperio de César, tachonado de ciudades, Carlomagno y sus sucesores casi no las tenían. En cambio, el emperador y su séquito viajaban por todo su vasto reino, de una localidad importante a otra. Estaba en constante movimiento, viajando por Francia, Borgoña, Italia, Hungría, así como por su patria franco-germana. En una economía casi exclusivamente local y en una estructura política que daba el poderío supremo a los dirigentes tribales y regionales, el emperador tenía la tarea militar de mantener una coalición de ejércitos tribales que defenderían el Imperio contra sus enemigos de fuera, y a la vez la tarea espiritual de mantener la fe cristiana del Imperio, preservándola de una recaída en el paganismo. Reinaba manteniendo abierta su corte. Era el juez primero y máximo de su pueblo. Al llegar a un lugar, atendía quejas y hacía justicia; era, asimismo, el protector de los pobres y de los débiles, de las viudas y de los huérfanos.

El Imperio no era una entidad geográfica, sino una autoridad militar y espiritual. No fue llamado Imperio romano hasta el año 1034, y no se le llamó Sacro Imperio Romano sino hasta 1254.

Durante el siglo X y comienzos del XI hubo una poderosa corriente que pretendía purgar a la Iglesia de todas sus influencias feudales y locales, y de la inevitable corrupción concomitante. Una gran parte de este movimiento fue desempeñada por la Abadía de Cluny, cuyo centro se encontraba en el poblado del mismo nombre en la Francia meridional. Cluny ofrece un interés especial desde el punto de vista jurídico porque fue la primera orden monástica en que todos los conventos, dispersos por Europa, quedaron subordinados a una sola cabeza. Antes de la fundación de Cluny, en 910, cada convento benedictino había sido una comunidad independiente, gobernada por un abate, por lo general bajo la jurisdicción del obispo local, con sólo laxas conexiones con otros conventos benedictinos. En cambio, los monasterios cluniacenses, que acaso fueran más de cien un siglo después de fundada la orden, eran gobernados todos ellos por priores bajo la jurisdicción del abate de Cluny. Por esta razón, a Cluny se le ha llamado la primera corporación translocal;[4] a la postre sirvió, a este respecto, como modelo para la Iglesia católica romana en conjunto.

La importancia de Cluny como modelo de gobierno translocal, jerárquico y corporativo es comparable a su importancia al apoyar el primer movimiento por la paz en Europa. En buen número de sínodos celebrados en diversas partes de la Francia meridional y central a finales del siglo X, la

idea de una Paz de Dios recibió la sanción oficial no sólo del clero, sino también de gobernantes seculares. Los decretos de paz de los diversos sínodos diferían en detalle, pero en términos generales prohibían, so pena de excomunión, todo acto de guerra o de venganza contra clérigos, peregrinos, comerciantes, judíos, mujeres y campesinos, así como contra propiedades eclesiásticas y agrícolas. Además, utilizaron el recurso del juramento para obtener apoyo; es decir, se pedía al pueblo jurar colectivamente que apoyaría la paz. En el Concilio de Bourges, en 1038, por ejemplo, se decretó que todo adulto cristiano de la arquidiócesis habría de prestar ese juramento e ingresar en una milicia especial para imponer la paz. Además de la protección a los no combatientes, el movimiento de paz —que se difundió por gran parte de Europa occidental— llegó a incluir la prohibición de guerrear en ciertos días. Obra del abate Odilón de Cluny (994-1049), al principio la Tregua de Dios suspendía la guerra desde el mediodía del sábado hasta la mañana del lunes, y después, desde el anochecer del miércoles hasta la mañana del lunes, así como durante la Cuaresma y el Adviento, y en las fiestas de varios santos.

En general, los esfuerzos de Cluny y de la Iglesia por eximir a ciertas clases de personas del servicio militar y protegerlas de ser atacadas en su persona o en su propiedad, así como por restringir la lucha en ciertos tiempos, sólo en parte lograron éxito en una época de violencia o de anarquía como lo fueron los siglos X y XI. Sin embargo, para el futuro fue enorme la importancia del movimiento de paz, y especialmente para el futuro de la tradición jurídica occidental, pues la experiencia de exigir juramento colectivo a grupos enteros en nombre de la paz desempeñó un papel importantísimo en la fundación de ciudades desde finales del siglo XI, en la formación de gremios dentro de las ciudades y en la promulgación de leyes por duques, reyes y emperadores, según la llamada paz ducal o real, y mediante la "paz de la tierra" *(pax terrae, Landfrieden)*.

Ante todo, los cluniacenses y otros conventos reformistas trataban de elevar el nivel de la vida religiosa atacando el poder eclesiástico de los señores feudales y locales, que se había manifestado sobre todo en la compra y venta de cargos religiosos (llamada "simonía") y también en las prácticas, no ajenas a la anterior, de los matrimonios clericales y el concubinato clerical (llamado "nicolaísmo"), por el cual obispos y sacerdotes intervenían en la política local y de clan. Sin embargo, para que estos esfuerzos lograran algo se necesitaba el apoyo de un fuerte poder central, que en la Iglesia no existía, pues el papado había sido demasiado débil; en aquella época, los papas estaban, en realidad, subordinados a la nobleza de la ciudad de Roma. Los cluniacenses buscaron y obtuvieron entonces el apoyo de los emperadores, los sucesores de Carlomagno, que gobernaban la región que incluía lo que hoy es Alemania occidental, la Francia oriental, Suiza y la Italia septentrional. A su vez, a los emperadores les agradó contar con el apoyo de Cluny, así como el de otros movimientos de reforma. Con ese

apoyo, a la larga arrancaron a los nobles de Roma el poder de nombrar al papa.

En contra de las modernas ideas de separación de la Iglesia y del Estado, en el año 1000 la Iglesia no era concebida como una estructura visible, corporativa y jurídica que se opusiera a la autoridad política. Por el contrario, la Iglesia, la *ecclesia*, era el pueblo cristiano —*populus christianus*— encabezado por gobernantes seculares y clericales *(regnum* y *sacerdotium)*. Mucho antes de que Carlomagno consintiera en ser coronado emperador por el papa en el año 800, su devoto servidor Alcuino, erudito y eclesiástico inglés, lo había llamado gobernante del *imperium christianum* ("Imperio cristiano"), y el propio Carlomagno en 794 había convocado a un concilio eclesiástico "universal" en Francfort, donde decretó importantes cambios a la doctrina teológica y al derecho eclesiástico. Algunos historiadores sostienen que el papa León III hizo emperador a Carlomagno; más cerca de la verdad estaría decir que Carlomagno hizo papa a León, y en 813 Carlomagno coronó emperador a su hijo sin intervención del clero.[5] De hecho, posteriores emperadores germanos pidieron al papa, el día de su elección, que prestara juramento de lealtad al emperador. De los 25 papas que ocuparon el solio durante los cien años anteriores a 1059 (cuando un sínodo prohibió por primera vez la investidura de laicos), 21 fueron nombrados directamente por emperadores, y cinco fueron derrocados por éstos. Además, no sólo eran los emperadores germanos los que mandaban a los obispos dentro de sus dominios. Lo mismo hacían los otros jefes de la cristiandad. En 1067, Guillermo *el Conquistador* promulgó un célebre decreto en que afirmaba que el rey tenía el poder de determinar si un papa debía ser reconocido o no por la Iglesia de Normandía y de Inglaterra, que el rey hacía el derecho eclesiástico por medio de sínodos convocados por él y que tenía poder de veto sobre los castigos eclesiásticos impuestos a sus barones y oficiales.

El control imperial y real de la Iglesia era necesario para emanciparla de las influencias corruptoras de la política de baronía, local y económica. Sin embargo, este objetivo básico de la Reforma cluniacense tropezó con un obstáculo insuperable: el clero estaba tan profundamente enredado en la estructura política y económica en todos sus niveles que no era posible extraerlo de ahí. Bajo la égida de los grandes emperadores reformistas de los siglos X y XI, se pudieron limpiar las órdenes monásticas, y fortalecer al papado, pero la Iglesia en general no pudo ser radicalmente reformada porque no era independiente. La simonía y el nicolaísmo siguieron siendo cuestiones candentes.

El nicolaísmo no sólo era cuestión moral en el sentido más estricto, sino también cuestión social, política y económica. El matrimonio introducía a los sacerdotes en la estructura feudal y de clan. También implicaba la herencia de algunos cargos eclesiásticos por los hijos y otros parientes de sacerdotes. Esto, al menos, colocaba ciertos límites a la simonía *(venta de cargos*

eclesiásticos). Si no podían heredarse los cargos eclesiásticos, ¿podría el nombramiento (investidura) continuar en manos de laicos? Y, ante todo, ¿estaban espiritualmente calificados los emperadores y los reyes para hacer el gran número de nombramientos a las altas dignidades clericales que se requerirían si los sacerdotes ya no pudieran casarse y tener herederos para sucederlos? Y, ¿qué decir de los más bajos cargos clericales, que serían ocupados por orden de los señores feudales?

Siempre había existido una cierta tensión relacionada con la subordinación del clero y especialmente del papado a personas que, por muy dignos y aun sacros que fuesen sus cargos, no eran sacerdotes ordenados. Hacia fines del siglo IV, San Ambrosio, obispo de Milán, había dicho: "Los palacios pertenecen al emperador, las Iglesias, al clero". Y había excomulgado al emperador Teodosio, y sólo levantó el anatema después que el emperador hubo hecho penitencia. Un siglo después, el papa Gelasio I había escrito al emperador Anastasio:

> Hay dos, augusto emperador, por quienes es gobernado principalmente este mundo, la autoridad sacra del clero y el poder real... Si los propios obispos, reconociendo que el cargo imperial os fue concedido a vos por disposición divina, obedecerán a vuestras leyes en lo tocante a la esfera de orden público... ¿con qué celo, os pregunto, deberéis obedecer a quienes han sido encargados de administrar los sacros misterios [en materia de religión]?[6]

Ésta fue la doctrina original de "las dos espadas": el clero administraba los sacros misterios, pero los emperadores hacían la ley, incluso la ley eclesiástica. Entre los francos, reyes y emperadores a menudo habían dependido del apoyo de los papas, y en general habían reconocido su superioridad y la de los obispos en cuestiones de fe. La idea de una economía eclesiástica tenía, asimismo, profundas raíces en la autoridad de la Biblia. Sin embargo, de hecho, los emperadores francos, y en los siglos X y XI, también los emperadores germanos así como los reyes de Francia y de Inglaterra —más los de España, Noruega, Dinamarca, Polonia, Bohemia, Hungría y otros gobernantes—, daban órdenes a los obispos hasta en cuestiones de doctrina religiosa, como lo hicieran antes los emperadores bizantinos. Además, entregaban al clero las insignias de sus cargos clericales: emperadores y reyes francos daban a los obispos el anillo y el báculo pastoral que simbolizaban su autoridad episcopal, con las palabras *Accipe ecclesiam!* ("¡Recibe la Iglesia!"). Esto colocaba la espada secular y la espada espiritual en una misma mano. La justificación era que emperadores y reyes eran gobernantes consagrados, sacros, "vicarios de Cristo". Había muchos obispos, el principal de ellos el de Roma (primero entre iguales), pero sólo había un emperador y, dentro de cada reino, sólo un rey.

El obispo de Roma llevaba el título de "vicario de San Pedro". Y en el siglo XII adquirió el título de "vicario de Cristo". Sólo entonces se vio el emperador obligado a abandonar ese título. Como vicario de Cristo, el papa

afirmó que él tenía ambas espadas: una directamente, la otra indirectamente. Ahora había muchos gobernantes seculares, pero sólo un papa.

La primacía del obispo de Roma entre los obispos de la Iglesia se había afirmado desde el siglo IV —o posiblemente desde el III—, y en ocasiones —aunque no siempre— la habían reconocido otros obispos importantes. Sin embargo, esa primacía podía significar muchas cosas distintas. Mientras la Iglesia de Occidente permaneciera en gran parte descentralizada y bajo el dominio de gobernantes laicos locales, la autoridad papal era inevitablemente débil y estaba directamente relacionada con la autoridad imperial, débil también. La ocasional pugna de obispos locales e Iglesias por emanciparse de señores locales, podía tomar así la forma de un llamado a la autoridad imperial o a la papal, o a ambas. Muy rara vez se intensificaba el conflicto hasta llegar a niveles altos. Un notable ejemplo fue la gran falsificación de mediados del siglo IX, conocida como del Seudo-Isidoro, o de las Falsas Decretales. Se trataba de una enorme colección de cartas y decretos falsamente atribuidos a papas y concilios desde el siglo IV; iba dirigida contra los esfuerzos del arzobispo de Reims, apoyado por el emperador, por impedir que su clero recurriese a Roma para decidir disputas. El hecho de que, con este fin, el autor tuviese que falsificar una multitud de documentos nos revela algo del carácter de la autoridad episcopal en la Iglesia, por entonces y desde antes. En realidad, el Seudo-Isidoro no fue redactado en Roma ni aceptado generalmente por los papas, hasta más de 200 años después, cuando el partido papista lo aprovechó para justificar objetivos totalmente distintos de los del texto original. En la segunda mitad del siglo IX, el papa Nicolás I (856-867) afirmó la autoridad papal, no sólo sobre arzobispos y obispos, declarando que sus sedes no podrían ser ocupadas sin su consentimiento, sino también sobre los emperadores, declarando que los reyes no tenían derecho a juzgar a sacerdotes, y que éstos se hallaban exentos de la jurisdicción de los reyes. Sin embargo, una vez más, tales afirmaciones fueron más importantes para el futuro que para su propia época. No modificaron la realidad del señorío imperial, real y de los laicos locales sobre la Iglesia. De hecho, a finales del siglo IX, durante el X y a comienzos del XI, el prestigio del papado se encontró en su nadir, y fueron los emperadores quienes trataron de elevarlo.

La supremacía del obispo de Roma sobre otros obispos también dio a los reyes de los germanos una razón para llevar sus armas a través de los Alpes por unos cuantos años, reafirmando así su derecho imperial de ser protectores de Roma contra la nobleza lombarda y toscana y romana.

La autoridad espiritual de los emperadores llegó a ser cada vez más irregular en el siglo XI, pues la simonía y el nicolaísmo estaban demasiado profundamente arraigados para vencerlos. En 1046, la subordinación de los obispos de Roma al emperador se volvió no sólo aberrante, sino escandalosa, cuando Enrique III, al llegar a Roma para celebrar su coronación imperial, hizo deponer a los tres papas rivales y elegir a un cuarto. Su pro-

tegido murió al cabo de pocos meses en el trono, y un segundo nombrado falleció pocas semanas después. Se dijo que ambos habían sido envenenados por facciones romanas, resentidas contra la intervención imperial en los asuntos de la ciudad.[7] Un tercer nombrado, León IX (1049-1053), aunque pariente cercano y amigo de Enrique III, rechazó considerar el papado como obispado del emperador, y afirmó no sólo su propia independencia sino también su poder sobre todos los demás obispos y el clero, aun fuera del Imperio.

Durante el reinado de León, un buen número de sus protegidos —encabezados por Hildebrando— formaron un partido que propuso e impulsó la idea de la supremacía papal sobre la Iglesia. Entre sus técnicas estuvo una amplia propaganda al programa papal. Con el tiempo, una numerosa literatura polémica que incluía varios cientos de panfletos circuló entre partidarios de varios bandos. Un historiador ha dicho que este periodo fue "la primera gran época de propaganda en la historia universal".[8] Los panfletos papales pedían a los cristianos negarse a recibir los sacramentos de manos de sacerdotes que vivieran en concubinato o matrimonio, refutaban la validez de los nombramientos clericales hechos a cambio de pago monetario y exigían la "libertad de la Iglesia": es decir, la libertad del clero, a las órdenes del papa, ante emperadores, reyes y señores feudales. Por último, en el año 1059, un concilio en Roma convocado por el papa Nicolás II declaró por vez primera el derecho de los cardenales romanos a elegir al papa.

Los dictados del papa

Fue Hildebrando quien en el decenio de 1070, como papa Gregorio VII, lanzó el movimiento reformista de la Iglesia contra la misma autoridad imperial que había encabezado a los reformadores cluniacenses durante el siglo X y comienzos del XI. Gregorio llegó mucho más lejos que sus predecesores. Proclamó la supremacía legal del papa sobre todos los cristianos y la supremacía jurídica del clero, a las órdenes del papa, sobre todas las autoridades seculares. Los papas, sostuvo, podían deponer a emperadores... y procedió a deponer al emperador Enrique IV. Además, Gregorio decretó que todos los obispos tenían que ser ungidos por el papa, y quedarían subordinados a él y no a la autoridad secular.

Gregorio había sido bien preparado para ascender al trono papal. Fue la fuerza predominante en los reinados de los papas Nicolás II (1058-1061) y Alejandro II (1061-1073). Asimismo, en 1073, a la edad de 50 años, estaba dispuesto a ejercer la enorme voluntad, orgullo y autoridad personal por los que era célebre. Pedro Damiano (1007-1072), que había estado a su lado en la lucha por la supremacía papal desde el decenio de 1050, se dirigió a él como "mi santo Satanás", y dijo: "Tu voluntad siempre ha sido orden para mí... mala pero legal. Ojalá hubiese yo servido siempre a Dios y a San

Pedro tan fielmente como te he servido a ti."[9] Un estudioso moderno ha descrito a Gregorio como un hombre poseído por un abrumador sentido del compromiso, que imponía sus ideas con "aterradora severidad y heroica persistencia... sin importar las consecuencias para él o los demás [y quien] tenía, por decir poco, un temperamento de revolucionario".[10]

Una vez papa, Gregorio no vaciló en emplear tácticas revolucionarias para alcanzar sus objetivos. Por ejemplo, en 1075 ordenó que todos los cristianos boicotearan a los sacerdotes que estaban viviendo en concubinato o matrimonio, y que no aceptaran sus oficios para los sacramentos u otros propósitos. De este modo exigió a los sacerdotes escoger entre sus responsabilidades para con sus esposas e hijos, y sus responsabilidades para con sus feligreses. Como resultado de una oposición a este decreto hubo graves motines en iglesias, y se dieron palos y pedradas a quienes se oponían al matrimonio clerical. Un escritor, en un folleto intitulado "Apología contra quienes desafían las misas de sacerdotes", declaró que el cristianismo estaba siendo "pisoteado". Preguntó:

> ¿De qué otra cosa se está hablando aun ante las ruecas de las mujeres y los talleres de los artesanos, sino de la confusión de todas las leyes humanas... la súbita inquietud entre el populacho, las nuevas traiciones de los servidores contra sus amos y la desconfianza de los amos contra sus servidores, abyectas faltas a la palabra entre amigos e iguales, conspiraciones contra el poder ordenado por Dios?... Y todo esto fue apoyado por la autoridad, por quienes se dicen los jefes de la cristiandad.[11]

A falta de ejércitos propios, ¿cómo podía el papado imponer sus exigencias? ¿Cómo superaría a los ejércitos de quienes se opondrían a la supremacía papal? Y, aparte de la dificultad de hacer frente a una poderosa oposición, ¿cómo ejercería el papado la jurisdicción universal que reclamaba? ¿Cómo podría imponer eficazmente su voluntad sobre todo el mundo cristiano occidental, ya no digamos el de Oriente, sobre el que también hacía algunas reclamaciones de jurisdicción?

Un aspecto importante de las respuestas a estas preguntas fue el potencial papel del derecho como fuente de autoridad y medio de control. En las últimas décadas del siglo XI, el partido papista empezó a buscar una constancia escrita de la historia de la Iglesia, para que la autoridad legal apoyara la supremacía papal sobre el clero, así como una independencia clerical y posible supremacía sobre toda la rama secular de la sociedad. El partido papista consiguió que estudiosos desarrollaran una ciencia del derecho que aportara una base de trabajo para llevar a cabo esas importantes medidas políticas. Al mismo tiempo, el partido imperial también empezó a buscar textos antiguos que apoyaran su causa contra la usurpación papal.

Sin embargo, no había un foro legal al que tanto el papado como la autoridad imperial pudiesen llevar su caso... excepto el papa o el propio emperador. Éste fue en realidad el principal elemento revolucionario de la situación

En 1075, el papa Gregorio VII respondió "mirando en su propio pecho", y escribiendo un documento —el *Dictatus Papae (Dictados del papa)*— consistente en 27 sucintas proposiciones, al parecer dirigidas a sí mismo, entre ellas las siguientes:

1. Que la Iglesia romana fue fundada sólo por el Señor.
2. Que sólo el obispo de Roma puede llamarse universal por derecho.
3. Que sólo él puede deponer y reinstalar a obispos.
4. Que su legado, aun si es humilde, tiene precedencia en un concilio sobre todos los obispos, y puede lanzar contra ellos una sentencia de deposición.
7. Que sólo a él le está permitido hacer leyes nuevas, de acuerdo con las necesidades de los tiempos.
9. Que sólo los pies del papa serán besados por todos los príncipes.
10. Que sólo su nombre deberá recitarse en las iglesias.
11. Que puede deponer a emperadores.
16. Que ningún sínodo puede llamarse general sin su orden.
17. Que no se puede considerar canónico ningún capítulo o libro sin su autoridad.
18. Que ninguna sentencia suya puede ser revisada por nadie, y que sólo él puede revisar [las sentencias] de todos.
21. Que los casos más importantes de cada Iglesia serán turnados a la Sede Apostólica.
27. Que [el papa] podrá absolver a súbditos de un hombre injusto, liberándolos de su [juramento de] fidelidad.[12]

Este documento fue revolucionario, aunque Gregorio se las arregló para encontrar alguna autoridad jurídica que apoyara cada una de sus cláusulas.[13]

En diciembre de 1075, Gregorio dio a conocer el contenido de su Manifiesto Papal, como se le llama hoy, en una carta enviada al emperador Enrique IV, en que exigía la subordinación del emperador y de los obispos imperiales a Roma. Enrique replicó, así como 26 de sus obispos, en cartas del 24 de enero de 1076. La carta de Enrique comienza así: "Enrique, rey no por usurpación, sino por la sagrada ordenación de Dios, a Hildebrando, hoy no papa, sino falso monje". Termina así:

> Tú, por tanto, condenado por esta maldición y por el juicio de todos nuestros obispos y por el tuyo propio, desciende y abandona la silla apostólica que has usurpado. Deja que otro ascienda al trono de San Pedro. Yo, Enrique, rey por la gracia de Dios, te digo a ti junto con todos nuestros obispos, desciende, desciende *[Descende, descende]*, para ser maldito por todas las épocas.

La carta de los obispos, en vena similar, termina: "Y puesto que como tú mismo lo proclamaste públicamente, ninguno de nosotros ha sido para ti, hasta hoy, obispo, así, en adelante, no serás papa para ninguno de nosotros."[14]

Como respuesta, Gregorio excomulgó y depuso a Enrique, quien en enero de 1077 fue en peregrinación, como humilde penitente, a ver al papa en Canossa, donde, según dice la tradición, tuvo que aguardar tres días para presentarse descalzo, sobre la nieve, a confesar sus pecados y declarar su contrición. Así solicitado en su capacidad espiritual, el papa absolvió a Enrique y retiró su excomunión y deposición. Esto dio a Enrique oportunidad de reafirmar su autoridad sobre los magnates alemanes, tanto eclesiásticos como seculares, que se habían declarado en rebeldía contra él. Sin embargo, la lucha con el papa sólo se aplazó un breve tiempo. En 1078 el papa emitió un decreto en que decía:

> Decretamos que nadie del clero recibirá la investidura de un obispado o abadía o Iglesia de manos de un emperador, o rey, o cualquier laico, hombre o mujer. Pero si presumiera hacerlo, claramente deberá saber que esa investidura carece de autoridad apostólica, y que él mismo quedará bajo excomunión hasta que haya prestado la satisfacción debida.[15]

El conflicto entre el papa y el emperador volvió a estallar, dando como resultado la Querella de las Investiduras.

Las primeras víctimas de esta Querella se encontraron en los territorios alemanes, donde los enemigos del emperador aprovecharon su controversia con el papa para elegir a un rey rival, a quien Gregorio acabó por dar su apoyo. Sin embargo, Enrique derrotó a su rival en 1080, y avanzó por el sur a través de los Alpes, poniendo sitio a Roma y ocupándola (1084). Gregorio pidió ayuda a sus aliados, los dirigentes normandos del sur de Italia: Apulia, Calabria, Capua y Sicilia. Los mercenarios normandos expulsaron de Roma a las fuerzas imperiales, pero luego procedieron a saquearla con el salvajismo que los había hecho célebres. Enrique continuó enfrentándose a rebeliones de los príncipes alemanes, y al morir, en 1106, su propio hijo encabezaba una rebelión contra él. Ese hijo, ya como emperador Enrique V, ocupó Roma en 1111 y capturó al papa.

El resultado político inmediato de la Querella de las Investiduras fue que entonces emperadores y reyes tuvieron facultad para investir a obispos y a otros clérigos con las insignias de su cargo, con sólo proferir las palabras *Accipe ecclesiam!* Tras esto se encontraba la cuestión de la lealtad y la disciplina del clero después de la elección y la investidura, de importancia política fundamental. Dado que el Imperio y los reinos eran administrados principalmente por el clero, afectaban la naturaleza misma de la autoridad eclesiástica y de la autoridad imperial o real. No obstante, algo más estaba en juego —algo más profundo que la política—, a saber, la salvación de las almas. Antes, al emperador (o al rey) se le había considerado vicario de Cristo; era él quien respondía por las almas de todos en el Juicio Final. Ahora el papa, que antes se había llamado vicario de San Pedro, afirmaba ser el único vicario de Cristo con responsabilidad de responder por las almas de todos los hombres en el Juicio Final. El emperador Enrique IV había escrito al papa Gregorio VII que, según los padres de la Iglesia, el em-

perador no puede ser juzgado por ningún mortal; sólo él en la tierra es "juez de todos los hombres"; sólo hay un emperador, mientras que el obispo de Roma no es más que el primero entre los obispos. Ésta era, de hecho, una doctrina ortodoxa que había prevalecido durante siglos. Sin embargo, Gregorio vio al emperador como el primero entre los reyes, como un laico cuya elección como emperador tenía que ser confirmada por el papa, y que podía ser depuesto por él, por insubordinación.[16] El argumento fue planteado en forma típicamente escolástica: "El rey es un laico o un clérigo", y puesto que no ha sido ordenado, obviamente es un laico y, por tanto, no puede tener ningún cargo en la "Iglesia". Esta interpretación dejó sin base la legitimidad de emperadores y reyes, pues aún no nacía la idea de un Estado secular, es decir, de un Estado sin funciones eclesiásticas; en realidad, apenas estaba naciendo. También daba a los papas poderes teocráticos, pues la división de funciones eclesiásticas en espirituales y temporales aún no nacía; una vez más, apenas estaba naciendo.

A la postre, ni papas ni emperadores pudieron sostener sus pretensiones originales. Según el Concordato de Worms de 1122, el emperador garantizó que obispos y abades serían libremente elegidos sólo por la Iglesia, y renunció a su derecho de investirlos con los símbolos espirituales del anillo y el báculo, que representaban el poder de cuidar las almas. Por su parte, el papa concedió al emperador el derecho de estar presente en las elecciones, y de intervenir cuando las elecciones fuesen reñidas. Además, los prelados alemanes no serían consagrados por la Iglesia hasta que el emperador los hubiese investido con su cetro con lo que se llamó los "regalia", es decir, derechos feudales de propiedad, justicia y gobierno secular, que entrañaban el deber recíproco de rendir homenaje y lealtad al emperador. (El homenaje y la lealtad incluían la prestación de servicios feudales y de pagos en los grandes feudos agrícolas que siempre acompañaban a los altos cargos eclesiásticos.) Sin embargo, los prelados de Italia y de Borgoña no serían investidos con el cetro ni rendirían homenaje y jurarían lealtad al emperador hasta seis meses después de ser consagrados por la Iglesia. El hecho de que hubiese que compartir el poder de nombramiento —que el papa o el emperador pudiesen, de hecho, ejercer un veto— hizo decisiva la cuestión de la ceremonia, de los procedimientos.

En Inglaterra y en Normandía, según el anterior acuerdo logrado en Bec en 1107, el rey Enrique I también había aceptado las elecciones libres, aunque en su presencia, y había renunciado a la investidura por el anillo y el báculo. Asimismo, como después en Alemania, recibiría homenaje y lealtad antes y no después de la consagración.

Los concordatos dejaron al papa con una autoridad sumamente extensa sobre el clero, y también con considerable autoridad sobre los laicos. Sin su aprobación no se podía ordenar a ningún clérigo. Establecía las funciones y poderes de obispos, sacerdotes, diáconos y otros dignatarios de la Iglesia. Podía crear nuevos obispados, dividir o suprimir otros, transferir o

deponer a obispos. Era indispensable su autorización para instituir una nueva orden monástica o para cambiar la regla de una ya existente. Además, al papa se le llamaría el "principal dispensario" de toda propiedad de la Iglesia, concebida como "patrimonio de Cristo". El papa también reinaba supremo en cuestiones de culto y de creencia religiosa, y sólo él podía otorgar la absolución por ciertos pecados graves (como ataque a un clérigo), canonizar santos y distribuir indulgencias (alivio del castigo divino después de la muerte). Ninguno de estos poderes había existido antes de 1075.

En palabras de Gabriel LeBras,

> el papa gobernaba toda la Iglesia. Era el legislador universal, y su poder sólo estaba limitado por el [derecho] natural y por el derecho divino positivo [es decir, el derecho divino detallado en la Biblia y en similares documentos de revelación]. Convocaría a concilios universales y los presidiría, y su confirmación sería necesaria para que sus decisiones entraran en vigor. Puso fin a la controversia sobre muchos puntos por medio de decretos, fue el intérprete de la ley y otorgó privilegios y dispensas. También fue el supremo juez y administrador. Los casos de importancia —*maiores causae*— de los que nunca hubo una enumeración final, quedarían reservados a su juicio.[17]

Ninguna de estas facultades había existido antes de 1075.

Gregorio declaró que el tribunal papal era "el tribunal de toda la cristiandad".[18] Desde entonces, el papa tuvo jurisdicción general sobre los casos que cualquiera le sometiese: era "juez ordinario de todas las personas". Esto era enteramente nuevo. Sobre los laicos, el papa gobernaba en cuestiones de fe y de moral, así como en varias cuestiones civiles, como matrimonios y herencias. En algunos aspectos, su regla en estas cuestiones era absoluta; en otros aspectos, era compartida con la autoridad secular. Asimismo, en otras materias más, que se consideraban pertenecientes a la jurisdicción secular, también intervino a menudo la autoridad papal. Antes de 1075, la jurisdicción del papa sobre los laicos había estado subordinada a la de emperadores y reyes, y en general no había sido mayor que la de ninguno de otros obispos importantes.

La separación, competencia e interacción de las jurisdicciones espiritual y secular fueron fuente principal de la tradición jurídica occidental.

El carácter revolucionario de la Revolución papal

El término revolución, como se ha aplicado a las grandes revoluciones de la historia europea, tiene cuatro características principales que, en conjunto, lo distinguen de reforma o de evolución, por una parte, y de simples rebeliones, golpes de Estado y contrarrevoluciones y dictaduras, por la otra. Estas características son: *totalidad*, es decir, su carácter de transfor-

mación total en que se entrelazan categorías de cambio social, políticas, religiosas, económicas, jurídicas, culturales, lingüísticas, artísticas, filosóficas y otras; su *rapidez*, es decir, la prontitud o carácter súbito con que ocurren cambios drásticos de un día a otro, de un año a otro, de un decenio a otro, conforme la revolución agota su curso; su *violencia*, que no sólo adopta la forma de una lucha de clases y una guerra civil, sino también de guerras extranjeras de expansión; y su *duración* sobre dos o tres generaciones, durante las cuales se confirman y restablecen los principios subyacentes de la revolución, ante los necesarios compromisos con su utopismo inicial, hasta que los nietos de los propios fundadores reconocen su devoción a la causa de sus abuelos. Entonces, la evolución puede proceder a su propio ritmo, sin temor a una contrarrevolución de la derecha, o al radicalismo de una nueva izquierda.[19]

La totalidad de la Revolución papal

La búsqueda de una causa básica del cambio histórico y la división misma de las causas en causas básicas y secundarias pueden oscurecer el hecho de que las grandes revoluciones no ocurren sin que coincidan muchos factores distintos. La clasificación de estos factores en políticos, económicos, culturales y otras categorías se hace como más convenga a su exposición. Sin embargo, para presentar un cuadro fiel, la exposición debe mostrar las interconexiones indispensables entre los factores. De otra manera se pierde de vista el punto más importante, que tales revoluciones son experimentadas como acontecimientos totales.

De este modo, la Revolución papal puede verse en términos políticos cual un enorme cambio de poder y autoridad, tanto dentro de la Iglesia como en las relaciones entre ésta y las entidades políticas seculares. También fue acompañada por decisivos cambios políticos en las relaciones entre Europa occidental y las potencias vecinas. Asimismo, puede verse la Revolución papal en términos socioeconómicos como respuesta y a la vez como estímulo a una enorme expansión de la producción y del comercio, y al brote de miles de nuevas ciudades y poblados. Desde una perspectiva cultural e intelectual, la Revolución papal puede verse como una fuerza impelente para la creación de las primeras universidades europeas, el surgimiento de la teología, la jurisprudencia y la filosofía como disciplinas sistemáticas, la creación de nuevos estilos literarios y artísticos y el desarrollo de una nueva conciencia social. Estos diversos movimientos políticos, económicos y culturales pueden analizarse por separado; y, sin embargo, también se debe mostrar que estuvieron vinculados entre sí, pues lo que constituyó el elemento revolucionario de la situación fue la vinculación de todos ellos.

Cambios políticos

Las principales transferencias de poder y autoridad dentro de la Iglesia y en sus relaciones con los gobernantes seculares ya se han descrito en las páginas anteriores. Sin embargo, aquí es necesario exponer brevemente algunos de los cambios políticos que ocurrieron al mismo tiempo en las relaciones entre Europa occidental y las potencias cercanas.

Durante siglos habían existido constantes incursiones militares en Europa, desde el Norte y el Oeste por los normandos, desde el Sur por los árabes y desde el Este por los eslavos y magiares. Toda la cristiandad occidental "era una ciudadela sitiada, que sólo sobrevivía porque su mayor enemigo, el Islam, había llegado al fin de sus líneas de comunicación, y sus enemigos menores (los eslavos, los húngaros y los vikingos), sólo estaban organizados para incursiones y saqueo".[20] El papel del emperador consistía en movilizar soldados, especialmente caballeros, entre los diversos pueblos del Imperio para oponer la fuerza militar a esas presiones del exterior. También en el interior tenía enemigos: al Oeste, los reyes franceses no siempre eran sus amigos y, del otro lado de los Alpes, los príncipes de la Italia septentrional se mostraban abiertamente hostiles. De este modo, Europa se vio encerrada en sí misma, con su principal eje corriendo de Norte a Sur. Sin embargo, al término del siglo XI el papado, que al menos durante dos decenios había estado pidiendo a los gobernantes seculares que liberaran de los infieles a Bizancio, finalmente logró organizar la primera cruzada (1096-1099). Una segunda cruzada se lanzó en 1147, y una tercera en 1189. Estas primeras cruzadas fueron las guerras extranjeras de la Revolución papal. No sólo aumentaron el poder y la autoridad del papado, sino que también abrieron un nuevo eje por el Este al mundo exterior, y convirtieron el mar Mediterráneo (que antes era una barrera defensiva natural contra las invasiones desde fuera) en ruta para la expansión militar y comercial de la propia Europa.[21]

Las cruzadas tuvieron su contrapartida en la extensa migración a los territorios del Norte y el Este de Europa (los Países Bajos, Escandinavia, Polonia, Hungría y otras regiones) que ocurrió a finales del siglo XI y durante el XII. También en esto desempeñó el papado un papel principal, especialmente por medio de la orden monástica cisterciense, fundada en 1098. Los cistercienses, convencidos partidarios de la política papal, eran célebres por su experiencia agrícola, su sagacidad empresarial y su celo colonizador. Eran particularmente adeptos a la creación de aperos útiles para desmontar zonas de bosque.

Cambios socioeconómicos

No habrían podido ocurrir cambios políticos de tal magnitud sin modificaciones comparables en la economía y en la estructura social conectada

con ésta. Tales cambios ocurrieron, pero es difícil determinar su relación con las modificaciones políticas. En algunos casos parecen haber sido causas; en otros, condiciones, y en otros más, efectos.

Los finales del siglo XI y el siglo XII constituyeron un periodo de gran aceleración del desarrollo económico en Europa occidental. Como lo ha dicho R. W. Southern, "Ese momento de expansión autogenerada que los economistas de hoy buscan tan ansiosamente en los países subdesarrollados, llegó a Europa occidental a finales del siglo XI".[22] Nuevos avances tecnológicos y nuevos métodos de cultivo contribuyeron al rápido aumento de la productividad agrícola y a la consiguiente expansión del comercio en excedentes agrícolas en los campos.[23] A su vez, estos factores hicieron posible un rapidísimo aumento de la población; aunque escasean las cifras dignas de confianza, parece probable que la población de Europa occidental en conjunto aumentó en más de la mitad, y posiblemente se duplicó en el siglo transcurrido entre 1050 y 1150, mientras que en siglos anteriores, en condiciones de agricultura de subsistencia y de invasiones militares, había permanecido virtualmente estacionaria y a veces aun había declinado. La creciente población se dispersó sobre muchos centenares y hasta miles de ciudades y poblados que surgieron en Europa occidental por vez primera desde la decadencia del Imperio romano en los siglos IV y V.

El surgimiento de ciudades y poblados acaso sea el cambio socioeconómico más notable de finales del siglo XI y durante los siglos XII y XIII. En el año 1050, probablemente había sólo dos asentamientos urbanos en Europa occidental —Venecia y Londres— con una población de más de 10 000 habitantes, y tal vez otra docena de ciudades con una población de más de 2 000 (véase el mapa 1). (En contraste, en 1050 Constantinopla tenía cientos de miles de habitantes.) Casi todos los lugares habitados eran aldeas o bien plazas fuertes, con un mercado contiguo o sin él. El término *civitas* (ciudad) fue reservado a las sedes de obispados. Las ciudades de Sicilia y de la Italia meridional aún eran bizantinas y árabes, no occidentales. Roma era una excepción: menos por su tamaño —que no era mucho mayor que el de otros obispados importantes— que por las numerosas familias nobles congregadas ahí. En los dos siglos siguientes brotaron grandes centros comerciales y fabriles por toda Europa occidental, algunos de ellos con poblaciones de más de 100 000 habitantes, docenas con poblaciones de más de 30 000, centenares con poblaciones de más de 10 000. Para el año 1250, de 5 a 10% de la población de Europa occidental —tal vez tres o cuatro millones de personas— vivían en ciudades y pueblos (véase el mapa 3).

La clase mercantil, que en 1050 no había pasado de unos cuantos buhoneros itinerantes, pronto aumentó de número y cambió drásticamente de carácter a finales del siglo XI y en el XII, primero en los campos y luego en las ciudades y poblados. El comercio por tierra y con ultramar llegó a ser aspecto importante de la vida económica y social de Europa occidental

(como lo había sido continuamente en el Este del Mediterráneo durante más de mil años). Ferias y mercados se convirtieron en importantes instituciones económicas y sociales. Surgieron el crédito, la banca y los seguros, especialmente en el comercio sobre largas distancias. Concomitante con el desarrollo del comercio fue el crecimiento de la fabricación de artesanías, que fue acompañado por la difundida formación de los gremios artesanales. A menudo, los gremios desempeñaron un papel importante en el gobierno de una ciudad o poblado.

La expansión del comercio y el crecimiento de las ciudades en los siglos XI y XII han hecho que muchos historiadores de la economía y la sociedad, en el siglo XX, entre ellos Henri Pirenne, fijen en ese periodo el origen del capitalismo occidental. Y, sin embargo, según muchos, tal periodo constituyó el punto culminante del feudalismo. De hecho, fue entonces —especialmente en los siglos XII y XIII— cuando el sistema señorial se volvió casi universal en la agricultura de Europa occidental; antes, un porcentaje considerable de los campesinos vivían en aldeas, como campesinos autónomos trabajando sus propias tierras. También en ese periodo se modificó considerablemente el carácter del nexo feudal entre señor y vasallo, al establecerse la práctica de sustituir las obligaciones militares y otras obligaciones feudales por pagos en dinero.

Cambios culturales e intelectuales

A fines del siglo XI y durante el XII, Europa occidental no sólo experimentó verdaderas transformaciones políticas y económicas, sino también una explosión cultural e intelectual. Ésa fue la época en que se crearon las primeras universidades, se desarrolló por vez primera el método escolástico (como después llegaría a llamársele) y la teología, la jurisprudencia y la filosofía fueron sometidas a una rigurosa sistematización. Este periodo marcó el comienzo del pensamiento científico moderno.[24]

También fue el periodo de transición, primero a la arquitectura románica y luego a la gótica. Fue la época en que comenzó la construcción de las primeras grandes iglesias europeas: San Dionisio y Nuestra Señora de París, Cantorbery y Durham.

Tal fue la época en que se modernizó el latín como lengua culta, y cuando las lenguas y la literatura vernáculas empezaron a adoptar su forma moderna. También fue el periodo de la gran poesía épica (la *Canción de Rolando*, las epopeyas arturianas) y de la lírica y los romances cortesanos (los escritos de Bernardo de Ventadour).[25] Fue una época de notable avance de la alfabetización entre los laicos, y del primer brote de sentimientos culturales nacionales en casi todos los países de Europa occidental.

Otros tres cambios fundamentales de la conciencia social contribuyeron a la transformación de la vida cultural e intelectual de los pueblos del occiden-

te de Europa a finales del siglo XI y durante el XII: primero, el desarrollo de un sentido de identidad corporativa en el clero, su conciencia de grupo y una enconada oposición, por vez primera, entre el clero y los laicos; segundo, el cambio a un concepto dinámico de la responsabilidad de la Iglesia (considerada básicamente como el clero) de reformar el mundo, el *saeculum* (considerado básicamente como el mundo de los laicos); y tercero, el desarrollo de un nuevo sentido del tiempo histórico, que incluía los conceptos de modernidad y de progreso.

Rapidez y violencia de la Revolución papal

Al tratar de comprender en toda su dimensión los cambios ocurridos durante los siglos XI y XII, se puede perder de vista el carácter cataclísmico de los hechos que fueron el meollo mismo de la Revolución papal. Estos hechos sólo se pueden explicar, a la postre, por la totalidad de la transformación; pero hay que verlos inicialmente como consecuencia inmediata del esfuerzo por alcanzar un propósito político, a saber, lo que el partido papista llamó la "libertad de la Iglesia": la liberación del clero de la dominación imperial, real y feudal, y su unificación bajo la autoridad del papa. Del propósito político y los hechos que inmediatamente se siguieron del esfuerzo por realizarlo en el contexto de la transformación total se deduce que lo que estaba en juego era más que una lucha por el poder. Fue una lucha apocalíptica por un nuevo orden de cosas, por "un nuevo cielo y una nueva tierra". Pero al mismo tiempo, la manifestación política de esa lucha, en que coincidían el poder y la convicción, lo material y lo espiritual, fue lo que le dio su ritmo y su pasión.

La rapidez es, desde luego, algo relativo. Puede parecer que debiéramos considerar gradual una transformación comenzada a mediados del siglo XI y se terminó hasta la última parte del XII o posiblemente en la primera del XIII. Sin embargo, el periodo que necesita una revolución para completar su curso no necesariamente es la medida de su rapidez. El concepto de cambio rápido se refiere al ritmo al que ocurren cambios drásticos de un día a otro o de un año a otro o de un decenio a otro. En una revolución de la magnitud de la Revolución papal, la vida se acelera; las cosas ocurren con gran rapidez; grandes hechos ocurren de la mañana a la noche. Primero, al comienzo de la Revolución —en el *Dictatus Papae* de 1075— se declaró abolido el anterior orden político y jurídico. Los emperadores debían besar los pies de los papas. El papa sería "único juez de todo" y tendría el poder exclusivo de "hacer nuevas leyes para enfrentarse a las necesidades de los tiempos". El hecho de que muchos de los rasgos de la antigua sociedad persistieran, negándose a desaparecer, no cambia lo súbito del esfuerzo por suprimirlos, o el escándalo producido por tal esfuerzo. En segundo lugar, nuevas instituciones y políticas fueron introducidas casi tan súbitamente

como eran abolidas las anteriores. El hecho de que se necesitara largo tiempo —varias generaciones— para que la Revolución estableciera sus metas, no hizo que el proceso fuese gradual.

Por ejemplo, era parte del programa del papa Gregorio VII, al menos desde 1074, que el papado debía organizar una cruzada para defender a los cristianos de Oriente contra los infieles turcos. Hasta su muerte, ocurrida en 1085, promovió esa idea por toda Europa, aunque nunca consiguió apoyo suficiente para llevarla a cabo. Sólo en 1095, su sucesor y devoto seguidor, el papa Urbano II, logró lanzar la primera cruzada. Así, podemos decir que se necesitó un largo tiempo —más de veinte años— para realizar este cambio, que literalmente hizo dar vuelta a Europa y la unió en una expedición colectiva, militar y misionera al Oriente. Pero en otro sentido, el cambio de la Europa anterior a una Europa en cruzada llegó con pasmosa rapidez. Desde el primer momento, la cruzada se convirtió en objetivo declarado del papa, la reorientación procedió, produciendo continuamente nuevas esperanzas, nuevos temores, nuevos planes, nuevas asociaciones. Una vez emprendida la primera cruzada se aceleró el ritmo del cambio. La movilización de caballeros virtualmente de cada parte de la cristiandad occidental, sus viajes por mar y tierra y, por último, los innumerables encuentros militares fueron como una compresión de los acontecimientos en un periodo que fue y vino con extraordinaria rapidez. Además, no sólo se dio en el terreno, por decirlo así, donde las cruzadas representaron una aceleración del ritmo de los acontecimientos. También en el ámbito de la política. Por ejemplo, el papado trató de utilizar las cruzadas como medio de exportar la Revolución papal a la cristiandad oriental. El papa declaró su supremacía sobre todo el mundo cristiano. El cisma entre las Iglesias de Oriente y de Occidente, que había llegado a su clímax en 1054 en la célebre controversia teológica sobre la cláusula del *filioque* en el credo,[26] tomó la forma de violencia y conquista. También, en 1099, caballeros occidentales entraron en Jerusalén y fundaron allí un reino nuevo, el reino de Jerusalén, subordinado —al menos en teoría— al papado. ¡La historia estaba desarrollándose con auténtica rapidez! Aunque transcurrieron casi 50 años antes de que se lanzara la segunda cruzada, y otros 40 entre el fin de ésta y el comienzo de la tercera, también estos periodos deben considerarse a la luz de la continua agitación generada tanto por su previsión cuanto por su recuerdo. Durante el siglo XII hubo una difundida sensación de que una cruzada podía empezar en cualquier momento.

Y así puede decirse que el objetivo principal de la Revolución, expresado en el lema "la libertad de la Iglesia", no era algo que pudiera lograrse de la noche a la mañana; en realidad, en su significado más profundo, no era algo que pudiese lograrse jamás. No obstante, la profundidad misma de la idea, su combinación de gran sencillez y gran complejidad eran garantía de que la lucha por lograrla sería, por una parte, prolongada durante décadas y generaciones y aun siglos, y por otra parte, que sería cataclísmica, con cambios

drásticos y a menudo violentos en rápida sucesión. La libertad de la Iglesia significaba cosas diferentes para distintas personas. Para algunos significaba un Estado teocrático; para otros, que la Iglesia debía renunciar a todas sus tierras feudales, a todas sus riquezas, a todo su poder terrenal; esto, en realidad, fue propuesto por el papa Pascual II poco después del año 1100, pero pronto fue rechazado por los cardenales romanos y por los obispos alemanes, que apoyaban al emperador. O podía significar algo totalmente distinto de cualquiera de estas dos alternativas extremas. El hecho de que su significado siguiera cambiando desde 1075 hasta 1122 fue una de las marcas del carácter revolucionario de los tiempos.

Aparte de las cruzadas, la violencia de la Revolución papal adoptó la forma de una serie de guerras y rebeliones. Los partidos papista e imperial o real empleaban a la vez mercenarios y ejércitos feudales. Hubo muchas rebeliones populares violentas, sobre todo en las ciudades, contra las autoridades existentes: por ejemplo, contra obispos reinantes, que podían ser nombrados por el emperador o el papa.

Puede dudarse de que la rapidez de la Revolución papal pudiera separarse de su violencia. Esto no quiere decir que, si la lucha se hubiese podido llevar a cabo sin guerra civil —si Enrique IV se hubiese dejado persuadir de no oponerse a Gregorio por la fuerza armada, o Gregorio de no llamar a sus aliados normandos a su defensa—, los hechos hubiesen perdido su rápido ritmo. No obstante, en la Revolución papal, como en las grandes revoluciones de la historia universal que la sucedieron, el recurso de la violencia estuvo directamente relacionado con la rapidez con que se impusieron los cambios, así como con su carácter total o fundamental. En parte por la rapidez de los cambios y en parte por su totalidad, el orden preexistente se mostró adverso e incapaz de dejarles un lugar; y así la fuerza, en términos de Carlos Marx, se convirtió en la "partera necesaria" de la nueva época.

Sin embargo, la fuerza no pudo dar una victoria final ni al bando revolucionario ni a su adversario. La Revolución papal terminó en un compromiso entre lo antiguo y lo nuevo. Y si la fuerza fue la partera, el derecho fue el maestro que, a la postre, llevó al niño a la madurez. Gregorio VII murió en el exilio. Enrique IV fue depuesto. Se llegó a un acuerdo final en Alemania, Francia, Inglaterra y otros lugares, a base de difíciles negociaciones en que todos los bandos renunciaron a sus exigencias más radicales. Lo que puede decirse en favor de la fuerza es que se necesitó la experiencia de la guerra civil en Europa para que ambos bandos estuvieran dispuestos a llegar a un acuerdo. A la postre, el equilibrio fue impuesto por la ley.

La duración de la Revolución papal

La totalidad de la transformación de la cristiandad occidental a finales del siglo XI y en el XII, su rapidez y su violencia, no justificarían por sí solas

que se la llamara la primera de las grandes revoluciones de la historia occidental si el movimiento revolucionario no hubiese durado varias generaciones.

Al principio, diríase que la larga duración de la Revolución parecía contradecir su rapidez y su violencia; sin embargo, en realidad, en parte por esa misma rapidez y violencia de los cambios así como por su totalidad, sus principios subyacentes debieron ser confirmados y restablecidos por sucesivas generaciones. Además, las metas básicas de una revolución se deben conservar ante la necesidad de llegar a unos compromisos necesarios con su utopismo inicial. Así como la totalidad de la transformación distingue a una revolución de una reforma, y así como la rapidez y la violencia la distinguen de una evolución, también el carácter transgeneracional de las grandes revoluciones de la historia occidental las distingue de simples rebeliones, golpes de Estado y cambios de política, o de las contrarrevoluciones y de las dictaduras militares.

La Revolución papal fue el primer movimiento transgeneracional de carácter programático en la historia occidental. Se necesitó casi una generación, de cerca de 1050 a 1075, para que el partido papista proclamara que su programa era una realidad. Luego siguieron 47 años de lucha antes de que otro papa pudiese llegar a un acuerdo con otro emperador sobre la cuestión única de la investidura papal, contra la imperial, de obispos y abades. Y se necesitó aún más tiempo para que quedaran bien definidas las respectivas jurisdicciones penal y civil de los poderes eclesiástico y secular dentro de cada uno de los grandes reinos de Europa occidental. En Inglaterra, no fue hasta 1170, el año del martirio de Becket —95 años después del *Dictatus* de Gregorio y 63 después de que Enrique I, rey de Inglaterra, había cedido en la cuestión de las investiduras—, cuando la Corona al fin renunció a su pretensión de ser gobernante suprema del clero inglés. A la postre, se llegó a compromisos sobre toda una gama de cuestiones, que incluían no sólo la interrelación de la Iglesia y el Estado, sino también la interrelación de las comunidades dentro del orden secular: el sistema señorial, la unidad de señor y vasallo, los gremios mercantiles, las ciudades y poblados privilegiados, los ducados y reinos territoriales, el imperio secularizado. Los hijos y los nietos de la Revolución aplicaron sus principios subyacentes a las instituciones gubernamentales y jurídicas. Sólo entonces quedó más o menos segura para los siglos sucesivos. En realidad, nunca estuvo completamente segura; siempre hubo disputas en los límites de los poderes eclesiástico y secular.

Causas y consecuencias sociopsicológicas de la Revolución papal

Ya se han mencionado tres aspectos de la nueva conciencia social que brotó durante los siglos XI y XII: un nuevo sentido de identidad corporativa

de parte del clero, un nuevo sentido de la responsabilidad del clero por la reforma del mundo secular y un nuevo sentido del tiempo histórico, que incluye los conceptos de modernidad y de progreso. Todos ellos ejercieron poderosa influencia sobre el desarrollo de la tradición jurídica occidental.

El primer aspecto, la conciencia corporativa del clero (hoy se le llamaría conciencia de *clase),* fue esencial para la Revolución, como causa y consecuencia. Desde luego, el clero siempre había tenido cierto sentido de su propia identidad de grupo; y, sin embargo, cuando mucho era una sensación de unidad espiritual, una unidad de fe y de vocación, y no un sentido de unidad política o jurídica. En lo político y lo legal, el clero anterior al siglo XI había estado dispersado localmente, con muy pocos nexos con las autoridades eclesiásticas centrales. Hasta el sentido de unidad espiritual era menoscabado por la aguda división entre el clero "regular" y el "secular"; el clero regular era el de los "religiosos", los monjes y las monjas, que habiendo muerto para "este mundo" vivían como miembros de la Ciudad Eterna; el clero secular era el de los sacerdotes y obispos, casi totalmente inmersos en la vida política, económica y social de los lugares en que vivían.

Más que ningún otro factor, la Reforma cluniacense sentó las bases para el nuevo sentido de una unidad política corporativa entre el clero de la cristiandad occidental. El celo de los reformadores ayudó a dar una nueva conciencia de un destino histórico común al clero, tanto regular como secular. Además, Cluny ofreció un modelo para unir al clero en una sola organización translocal, ya que todas las casas cluniacenses estaban sometidas a la jurisdicción de la abadía central.

Al adoptar los principales objetivos de la Reforma cluniacense, incluyendo el celibato de los sacerdotes y la eliminación de la compra y venta de cargos eclesiásticos, durante los decenios de 1050 y 1060 el partido papista se apropió el capital moral del movimiento anterior, incluyendo la conciencia clerical de clase que había ayudado a crear. A esos antiguos objetivos se unió el nuevo grito de "libertad de la Iglesia": es decir, liberarla de su "dominio por los laicos". Esto fue, a la vez, un llamado a la conciencia de clase clerical y un estímulo a ella. Además, por el acto mismo de denunciar el dominio imperial sobre la Iglesia, Gregorio quebrantó el antiguo ideal carolingio. El clero se encontró ante una disyuntiva entre la unidad política bajo el papado y la desunión política entre nuevas Iglesias nacionales, que inevitablemente habrían surgido en las varias entidades de Europa si el papado hubiese perdido la batalla. La Querella de las Investiduras puso las cosas en claro. A la postre, la cuestión de las investiduras fue zanjada por negociaciones separadas entre cada uno de los principales dirigentes seculares, representando a su entidad secular, y el papado representando a todo el clero de la cristiandad occidental. Así, la propia Revolución papal ayudó a establecer la conciencia de clase clerical en que se basó.

El clero pasó a ser la primera clase translocal, transtribal, transfeudal y transnacional de Europa que alcanzó la unidad política y legal. Lo hizo de-

mostrando que era capaz de enfrentarse y de derrotar a la única autoridad universal prexistente: el emperador. El emperador no contaba con una clase universal que lo apoyara. Desde el siglo XII hasta el XVI, la unidad de la jerarquía clerical en Occidente sólo pudo ser quebrantada por unos cuantos reyes muy poderosos. Hasta los reyes normandos de Sicilia, que en los siglos XII y XIII lograron eludir el dominio papal sobre un clero nominalmente subordinado a Roma, aceptaron someter al papa todas las elecciones de obispos disputadas.

Hemos empleado aquí el término "clase" para señalar al bando clerical, con objeto de subrayar que la Revolución papal, como la Revolución alemana (protestante), la Revolución inglesa, las revoluciones francesa y norteamericana y la Revolución rusa, incluyó las interacciones no sólo de individuos o de elites, sino también de numerosos grupos sociales que desempeñaban funciones importantes en la sociedad. La validez de la visión marxista de que una revolución supone una lucha de clases y el surgimiento de una nueva clase gobernante no tiene que comprometernos con la estrecha definición marxista de la clase por su relación con los medios de producción de la riqueza económica. En realidad, el clero de Europa occidental a finales del siglo XI y durante el XII sí desempeñó un papel importante en la producción de riqueza económica, ya que la Iglesia poseía entre una cuarta y una tercera parte de las tierras; obispos y abades eran amos de solares, con los mismos intereses económicos que sus competidores no eclesiásticos; la lucha contra la investidura de laicos fue, en parte, una lucha por arrancar el poder económico a los señores laicos y transferirlo a la Iglesia. Sin embargo, no fue ante todo el interés económico del clero el que le dio su carácter de clase; antes bien, fue su papel de productor de bienes espirituales, como padres confesores, hombres con poder de efectuar las ceremonias de bodas, bautizo de niños y ministros de los últimos sacramentos y predicadores de sermones, y también de expositores no sólo de la teología de la sociedad occidental, sino también de sus doctrinas políticas y jurídicas básicas.

El desarrollo de la conciencia de clase del clero fue inseparable de un segundo aspecto de la nueva conciencia social de los siglos XI y XII: el surgimiento de un nuevo sentido de la misión del clero como reformador del mundo secular. Por una parte, la nueva tendencia de identificar la Iglesia básicamente con el clero, la "jerarquía", produjo una marcada distinción entre el clero y los laicos. Por otra, esta distinción entrañó la implicación de que el clero no sólo era superior a los laicos, sino responsable de éstos. En otras palabras, la conciencia de clase del clero fue al mismo tiempo una conciencia social en el sentido moderno, una conciencia con respecto al futuro de la sociedad.

Esto se reflejó en un pronunciado cambio en el significado del término "secular". En latín clásico, *saeculum* significaba "una época", "un tiempo", "una generación", o "la gente de cierto tiempo" (como cuando se dice "la

generación joven"). Y también llegó a significar "un siglo". Los Padres de la Iglesia, en los siglos II, III y IV, emplearon *saeculum* para referirse al mundo del tiempo —al mundo "temporal"— en contraste con el reino eterno de Dios. (El mundo del espacio, *mundus*, era otra cosa.) Por ejemplo, en los escritos de San Agustín, como lo ha señalado Peter Brown, *saeculum* significa existencia, es decir, la suma total de la transitoria existencia humana, pasada, presente y futura, desde la caída de Adán hasta el Juicio Final. Ha escrito el profesor Brown:

> Según San Agustín, este *saeculum* es cosa profundamente siniestra. Es una existencia penal... se estira y se encoge sin rima ni razón... No hay verbos de movimiento histórico en la Ciudad de Dios, no hay un sentido de progresar hacia metas que puedan alcanzarse en la historia. Los cristianos son miembros de un país remoto... Son extranjeros registrados que existen, por condescendencia, *in hoc maligno saeculo*.[27]

En contra de lo que a veces se ha supuesto, San Agustín no identificó la Ciudad de Dios con la Iglesia cristiana como tal, ni tampoco identificó la Ciudad Terrenal con el Imperio romano ni con el Estado en general. Según él, la Iglesia y el Imperio vivían en malos tiempos, en el *saeculum*. Sin embargo, el cristiano se distinguía por el hecho de que anhelaba ardientemente —una vez más, en palabras de Brown— "un país siempre remoto, pero siempre presente por la calidad de su amor y su esperanza".[28] Así, para San Agustín, el verdadero cristiano, sea sacerdote o laico, vive en ambas "ciudades", es decir, en la sociedad terrenal y a la vez en la celestial.[29]

La visión negativa del *saeculum*, reflejada en los escritos de San Agustín y, de hecho, en los de la mayoría de los pensadores cristianos en los primeros mil años de historia de la Iglesia, contribuyó a establecer una marcada división entre el clero regular y el secular. El primero vivía alejado del *saeculum* y cerca de la Ciudad de Dios. Acaso por ello, a finales del siglo XI y comienzos del XII, el partido papista, defensor del clero secular así como del regular, a menudo prefirió hablar del gobierno "temporal" de emperadores y reyes, de un derecho "temporal" y no de un gobierno "secular" y un derecho "secular", aunque ambos términos fuesen sinónimos. Temporal o secular tenía sentido peyorativo; significaba atado al tiempo, producto de la decadencia y corrupción de la existencia humana, particularmente en la esfera del gobierno político; ahora, sería aplicable a todos los laicos. El antónimo de temporal (o secular) era "espiritual". Ahora, todos los miembros del clero fueron llamados *spirituales* ("los espirituales"). En una célebre carta, escribió Gregorio VII:

> ¿Quién no sabe que reyes y príncipes derivan su origen de hombres ignorantes de Dios, que se elevaron por encima de sus conciudadanos por orgullo, saqueo, traición, asesinato —en suma, por todo tipo de crímenes— por instigación del Demonio, príncipe de este mundo, hombres ciegos con avaricia e intolerables en su audacia?... Los reyes y príncipes de la tierra, seducidos por una vana gloria, prefieren sus propios intereses a las cosas del espíritu, mientras que los piadosos pontífices, despreciando la vana gloria, ponen las cosas de Dios por encima de las cosas de la carne... Los primeros, excesivamente entregados a las cosas de este mundo, piensan poco en las cosas espirituales; los últimos, gustando de las cosas celestiales, desprecian las cosas de este mundo.[30]

La autoridad imperial, según sus enemigos, carecía de cualidades espirituales, es decir, sagradas o "celestiales". Uno de los propagandistas de Gregorio se dirigió en estas palabras al emperador: "¿Decís que vuestra autoridad no ha sido desafiada durante setecientos años, y que tenéis derecho a ella por prescripción? Pero así como un ladrón no puede transferir el título a las cosas robadas, no puede el demonio transferir derechos de propiedad a un poder injusto".[31]

Y, asimismo: "El más pequeño del reino de la espada espiritual es más grande que el emperador mismo, quien [sólo] blande la espada secular".[32]

La Revolución papal comenzó con este intento del papado de reducir al Sacro y Cristianísimo Emperador —quien durante siglos había desempeñado el papel principal en la vida de la Iglesia— a la condición de simple laico, inferior al último sacerdote. El hecho de que emperadores y reyes, siendo laicos, sólo empuñaran la espada secular, es decir, sólo fueran responsables de los asuntos temporales, de las cosas de este mundo, los colocaba en posición subordinada a quienes empuñaban la espada espiritual y eran responsables de los asuntos espirituales, y "gustosos de las cosas celestiales"; pues los laicos eran inferiores al clero en cuestiones de fe y de moral, y lo secular era menos valioso que lo espiritual.

Y, sin embargo, Gregorio VII y sus partidarios nunca dudaron que el gobierno secular, aunque subordinado a la Iglesia en asuntos espirituales y aun —aunque sólo indirectamente— en asuntos seculares, representaba la autoridad divina, que el poder del gobernante secular había sido establecido por Dios, y que el derecho secular fluía, en última instancia, de la razón y la conciencia, y había que obedecerlo. Pese a su violenta denuncia de los gobernantes seculares, Gregorio estaba lleno de esperanzas en el futuro de la sociedad secular... bajo tutela papal. En esto, él y sus partidarios estaban en el polo opuesto al de San Agustín.

En realidad, la más radical de las demandas papales, la de que no sólo la espada espiritual, sino también la temporal pertenecen, en última instancia, a la Iglesia, que la confiere al gobernante secular, contiene en sí una paradoja. En palabras de Juan de Salisbury, el rey "es un ministro del poder sacerdotal, y ejerce ese lado de los sacros oficios que parece indigno de las manos del sacerdocio".[33] Indigno... y sin embargo, sagrado. La división misma entre lo espiritual y lo secular —que la Iglesia sostuvo pertinazmente al reclamar su libertad, pero que a menudo violó tratando de extender su poder— ofreció defensas contra el intento papal de afirmar

una jurisdicción sobre lo pecaminoso atribuido a los gobernantes seculares que seguían políticas seculares.

A la postre, se llegó a compromisos en la lucha entre los papistas y sus adversarios. De esa lucha y de esos compromisos nació la ciencia política occidental... y especialmente las primeras teorías occidentales modernas del Estado y del derecho secular. Como lo ha escrito K. J. Leyser: "Las ideas políticas en el sentido clásico sólo aparecen incoherentemente en las polémicas del siglo XI y comienzos del XII, en chispazos... [por entonces] no había teoría del Estado secular como tal, pero como resultado de la gran crisis, se hallaba a punto de nacer".[34]

Los nuevos significados de "secular" se derivaron de la lucha entre los partidarios de las autoridades seculares y de las espirituales. Quienes negaban por completo la distinción del papado entre lo secular y lo espiritual, e insistían en mantener el carácter sacro del gobierno imperial o real, generalmente fueron derrotados. Pero los verdaderos límites entre las dos esferas —las asignaciones específicas de funciones— fueron elaborados por medio de reconciliación y compromiso entre fuerzas opuestas. Por la naturaleza misma del problema no se les podía definir en abstracto.

Relacionado directamente con el sentido de identidad corporativa del clero y con su sentido de misión para reformar el mundo se encontró un tercer aspecto de la nueva conciencia social, que brotó en los siglos XI y XII, a saber, un nuevo sentido del tiempo histórico, incluyendo los conceptos de modernidad y de progreso. También esto fue causa y a la vez consecuencia de la Revolución papal.

Un nuevo sentido del tiempo estuvo implícito en el cambio de significado de *saeculum* y en el nuevo sentido de misión para reformar el mundo. Una visión relativamente estática de la sociedad política fue remplazada por una más dinámica; hubo una nueva preocupación por el futuro de las instituciones sociales. Pero también hubo una fundamental revaluación de la historia, una nueva orientación al pasado así como al futuro y un nuevo sentido de la relación del futuro con el pasado. La distinción entre los tiempos "antiguos" y los "modernos", hecha ocasionalmente en siglos anteriores, se volvió común en la literatura del partido papista. En el siglo XII aparecieron los primeros historiadores europeos que consideraron que la historia de Occidente iba pasando del pasado, por etapas, a un nuevo futuro: hombres como Hugo de St. Victor, Otón de Fresinga, Anselmo de Havelberg, Joaquín de Fiore y otros. Éstos consideraron que la historia avanzaba por etapas, culminando en su propio tiempo, al que algunos se refirieron como tiempos modernos o modernidad *(modernitas)*. Joaquín de Fiore y sus discípulos pensaron que una nueva época del Espíritu Santo estaba a punto de remplazar a la época del Hijo, que había llegado a su fin. Otón de Fresinga escribió que la historia secular había entrado en la historia sagrada y se había entrelazado con ella.[35]

Así como la Revolución inglesa del siglo XVII, la Revolución papal no pretendió ser una revolución, sino una restauración. Como Cromwell, Gregorio VII afirmó que no estaba innovando, sino restaurando libertades antiguas que se habían abrogado en los siglos inmediatos anteriores. Así como los puritanos ingleses y sus sucesores encontraron precedentes en el derecho común de los siglos XIII y XIV, pasando en gran parte por encima del siglo o más del absolutismo de los Tudor y los Estuardo, así también los reformadores gregorianos encontraron precedentes en los escritos patrísticos de los primeros siglos de la Iglesia, pasando en gran parte por encima de la época carolingia y poscarolingia en Occidente. El énfasis ideológico se hacía en la tradición, pero sólo se podía establecer la tradición suprimiendo el pasado inmediato y regresando a uno anterior. Simplemente se pasaron por alto los escritos de los principales canonistas y teólogos francos y germánicos de los siglos IX y X. Además, los escritos patrísticos fueron interpretados de modo que se adaptasen al programa político del partido papista, y cuando ciertos textos de la patrística iban en contra de tal programa, fueron rechazados. Ante una costumbre adversa, los reformadores gregorianos, pasando por encima de ella, apelaban a la verdad, citando el aforismo de Tertuliano y San Cipriano: "Cristo dijo '¡Yo soy la verdad'. No dijo 'Yo soy la costumbre'". Gregorio VII lo citó en contra del emperador Enrique IV. Becket lo citó contra el rey Enrique II. Tenía una fuerza especial en una época en que casi todo el derecho prevaleciente era derecho consuetudinario.

Es típico de las grandes revoluciones de la historia occidental, partiendo de la Revolución papal, el envolver su visión de algo radicalmente nuevo en los ropajes de un pasado remoto, ya fuesen los de las antiguas autoridades jurídicas (como en el caso de la Revolución papal), o de un antiguo texto religioso, la Biblia (como en el caso de la Reforma alemana), o de una civilización antigua (la Grecia Clásica), como en el caso de la Revolución francesa, o de una prehistórica sociedad sin clases (como en el caso de la Revolución rusa). En todos estos grandes trastornos, la idea de una restauración —un retorno, y en tal sentido una revolución, a un anterior punto de partida— estuvo conectada con un concepto dinámico del futuro.

Es bastante fácil criticar la historiografía de una revolución diciendo que fue políticamente tendenciosa y, en realidad, puramente ideológica. Sin embargo, esto es imponer a los revolucionarios las normas de objetividad exigidas por los modernos estudios históricos, que a su vez son producto de sus tiempos y tienen sus propias tendencias. A mayor abundamiento, importa reconocer que los revolucionarios tenían perfecta conciencia de estar reinterpretando el pasado y adaptando memorias históricas a circunstancias nuevas. Lo significativo es que en los puntos más decisivos de la historia de Occidente se ha necesitado una proyección al pasado distante para compensar la proyección al futuro distante. Se ha convocado, por decirlo así, al pasado y al futuro para combatir los males del presente.

El surgimiento del Estado moderno

La Revolución papal dio a luz el moderno Estado occidental, cuyo primer ejemplo fue, paradójicamente, la Iglesia misma.

Como dijo Maitland hace un siglo, es imposible hacer una definición aceptable del Estado sin incluir a la Iglesia medieval. Con ello, estaba pensando en la Iglesia posterior al papa Gregorio VII, pues antes de su reinado la Iglesia se había mezclado con la sociedad secular y carecía de los conceptos de soberanía y de un poder legislador independiente que son fundamentales para la condición del Estado moderno. En cambio, después de Gregorio VII, la Iglesia adoptó casi todas las características distintivas del Estado moderno. Afirmó ser una autoridad independiente, jerárquica y pública. Su cabeza, el papa, tenía el derecho de legislar, y en realidad, los sucesores del papa Gregorio promulgaron una corriente continua de nuevas leyes, a veces por su propia autoridad, a veces, con ayuda de concilios eclesiásticos convocados por ellos. La Iglesia también impuso sus leyes por medio de una jerarquía administrativa, a través de la cual el papa gobernaba como un soberano moderno gobierna por medio de sus representantes. Además, la Iglesia interpretaba sus leyes y las aplicaba mediante una jerarquía judicial que culminaba en la curia papal de Roma. La Iglesia ejerció así los poderes legislativo, administrativo y judicial de un Estado moderno. Además, se adhirió a un sistema racional de jurisprudencia: el derecho canónico. Fijó impuestos a sus súbditos en forma de diezmos y otros gravámenes. Por medio de los certificados de bautismo y de defunción llevó lo que en realidad era un registro civil. El bautismo confería una especie de ciudadanía, mantenida además por el requerimiento —formalizado en 1215— de que todo cristiano confesara sus pecados y tomara la Sagrada Comunión al menos una vez al año, por Pascua. En realidad, la excomunión podía privar de la ciudadanía al hombre. Y, a veces la Iglesia reclutó ejércitos.

Sin embargo, resulta paradójico llamar Estado moderno a la Iglesia, ya que el rasgo principal por el cual el Estado moderno se distingue del Estado antiguo así como del Estado germánico o franco es su carácter secular. El Estado antiguo y el Estado franco-germánico fueron Estados religiosos, cuyo supremo gobernante político también era responsable de mantener los dogmas religiosos, así como los ritos religiosos, y a menudo se le consideró como una figura divina o semidivina. La eliminación de la función y el carácter religiosos de la suprema autoridad política fue uno de los principales objetivos de la Revolución papal. En adelante, emperadores y reyes fueron considerados —por quienes seguían la doctrina católica romana— como laicos y, por tanto, sin ninguna competencia en asuntos espirituales. Según la teoría papal, sólo el clero, encabezado por el papa, tenía competencia en asuntos espirituales. No obstante, por varias razones, ésta no fue una "separación de la Iglesia y del Estado" en el sentido moderno.

En primer lugar, el Estado en su cabal sentido moderno —es decir, el Estado secular que existe en un sistema de Estados seculares— aún no nacía, si bien algunos pocos países (especialmente el reino normando de Sicilia y la Inglaterra normanda) empezaban a crear instituciones políticas y jurídicas modernas. En cambio, había varios tipos de poder secular, incluyendo a los señores feudales y los gobiernos municipales autónomos, así como nacientes Estados territoriales nacionales, y sus interrelaciones fueron poderosamente afectadas por el hecho de que todos sus miembros, incluso sus gobernantes, también estaban sometidos en muchos aspectos a un general Estado eclesiástico.

En segundo lugar, aunque el emperador, los reyes y otros gobernantes laicos hubiesen perdido su autoridad eclesiástica, continuaban desempeñando un papel muy importante —por medio del doble sistema de la investidura— en el nombramiento de obispos, abades y otros clérigos y, de hecho, en la política eclesiástica en general. Y, a la inversa, miembros del clero continuaron desempeñando un papel importante en la política secular, sirviendo como consejeros de gobernantes seculares y también, a menudo, como altos funcionarios seculares. Por ejemplo, el canciller de Inglaterra, que seguía en importancia al rey, virtualmente siempre fue un alto dignatario eclesiástico —a menudo, el arzobispo de Cantorbery o de York— hasta el siglo XVI.

En tercer lugar, la Iglesia retuvo importantes poderes seculares. Los obispos continuaron siendo señores de sus vasallos y siervos feudales y administradores de sus feudos. Y, por encima de ello, el papado afirmó su autoridad de influir sobre la política secular en todos los países; de hecho, el papa reclamó la supremacía de la espada espiritual sobre la temporal, aunque dijera que sólo indirectamente ejercía la supremacía temporal, sobre todo por medio de gobernantes seculares.[36]

Por ello, hay que condicionar la frase de que la Iglesia fue el primer Estado moderno. La Revolución papal sí echó las bases para el ulterior movimiento del moderno Estado secular, al despojar a emperadores y reyes de la competencia espiritual que antes habían ejercido. Además, cuando surgió el Estado secular, tuvo una constitución similar a la de la Iglesia papal... menos la función espiritual de la Iglesia como comunidad de almas interesada en la vida eterna. La Iglesia tuvo el carácter paradójico de un Estado-Iglesia, un *Kirchenstaat:* era una comunidad espiritual que también ejercía funciones temporales, y cuya constitución tenía la forma de un Estado moderno. Por su parte, el Estado secular tenía el carácter paradójico de un Estado sin funciones eclesiásticas, una comunidad secular, cuyos súbditos todos también constituían una comunidad espiritual con una separada autoridad espiritual.

De este modo, la Revolución papal dejó un legado de tensiones entre los valores seculares y los espirituales dentro de la Iglesia, dentro del Estado y dentro de una sociedad que no era Iglesia por completo ni Estado por

completo. Sin embargo, también dejó un legado de instituciones gubernamentales y jurídicas, tanto eclesiásticas como seculares, para resolver las tensiones y mantener un equilibrio en todo el sistema.

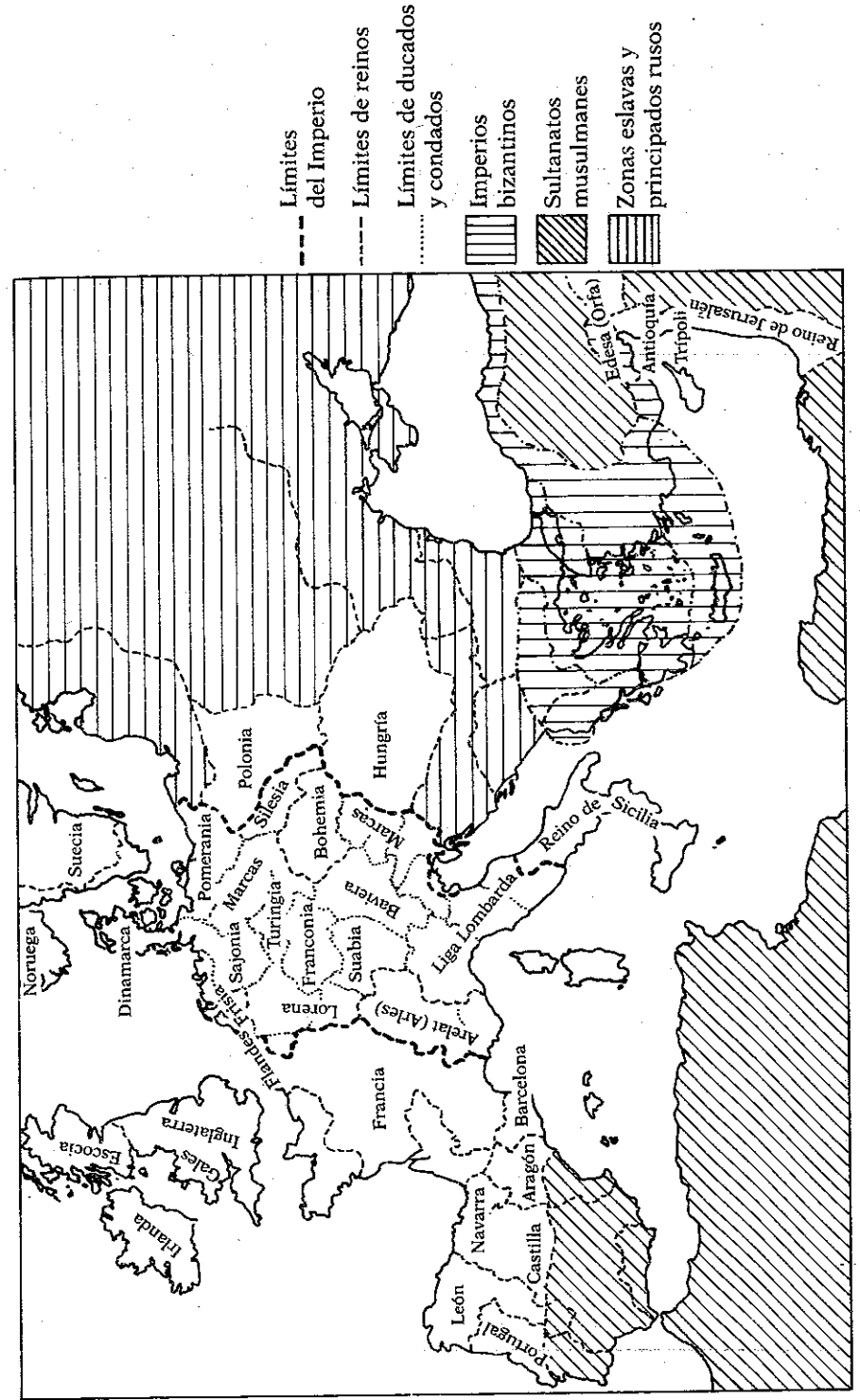
El nacimiento de los sistemas jurídicos modernos

Así como la Revolución papal dio a luz al moderno Estado occidental, también generó los modernos sistemas jurídicos occidentales, el primero de los cuales fue el sistema moderno de derecho canónico.

Desde los primeros siglos la Iglesia acumuló muchas leyes: cánones (es decir, reglas) y decretos de concilios y sínodos eclesiásticos, decretos y decisiones personales de obispos (incluso del pontífice romano) y leyes de emperadores y reyes cristianos concernientes a la Iglesia. En Occidente, la Iglesia también produjo muchos penitenciales (manuales para sacerdotes), que contenían descripciones de varios pecados y los castigos correspondientes. Se consideraba que todas estas leyes quedaban subordinadas a los preceptos contenidos en la Biblia (los Testamentos Antiguo y Nuevo), y en los escritos de los primeros Padres de la Iglesia, hombres como Policarpo de Esmirna, Tertuliano de Cartago, Gregorio de Niza y Agustín de Hipona.

Estos escritos, que eran autoridad y en los que se encontraban los cánones, habían contribuido entre los siglos VI y X al gradual establecimiento, por toda la cristiandad occidental, de un cuerpo común de doctrina teológica, un servicio común de culto (en latín), un conjunto común de reglas con respecto a los pecados más graves (como el asesinato, el perjurio y el robo) y una disciplina y estructura eclesiástica comunes. Por doquier los sacerdotes escuchaban confesiones y administraban los sacramentos a su grey; por doquier los obispos mandaban a los sacerdotes, consagraban iglesias y arbitraban disputas dentro de sus respectivas diócesis. En todas partes, los obispos eran responsables ante sus primados (obispos metropolitanos de provincias y regiones), y todos los obispos debían lealtad al arzobispo de Roma, como primero entre iguales. Sin embargo, en el año 1000 no existía un libro ni una serie de libros que tratara de presentar todo el cuerpo del derecho eclesiástico o que siquiera tratase sistemáticamente de resumir alguna parte de él. Desde luego, había un número considerable de colecciones de cánones, en particular cánones de concilios y decretos eclesiásticos de los principales obispos. Por lo general, estas colecciones estaban dispuestas simplemente por orden cronológico, con vastas categorías de fuentes (cánones de concilios, epístolas de papas, dichos de los padres), pero en algunas colecciones también había una división en cierto número de temas (la ordenación, las cortes eclesiásticas, la liturgia, el matrimonio, la herejía, la idolatría). Casi ninguna de estas colecciones era reconocida en todas partes como válida; casi todas ellas sólo tenían importancia regional.

El carácter descentralizado del derecho eclesiástico antes de finales del



Mapa 2. *Europa occidental hacia el año 1200*

siglo XI estuvo relacionado directamente con el carácter descentralizado de la vida política de la Iglesia. Por regla general, los obispos estaban más bajo la autoridad de emperadores, reyes y señores importantes, que bajo la de los papas; aun en aquellas cuestiones espirituales en que no intervenían las autoridades seculares, un obispo tenía, por lo general, considerable autonomía dentro de su propia diócesis.[37] La universalidad de la Iglesia no se basaba principalmente en una unidad política o legal, sino en una herencia espiritual común, una doctrina y un culto comunes y una liturgia común. La unidad política y legal que tuviera estaba relacionada, ante todo, con la conservación de su universalidad espiritual. En este aspecto, la Iglesia de Occidente era como la de Oriente. Su derecho, en gran parte entrelazado con la doctrina teológica y con la liturgia y los sacramentos, sólo en segundo plano se preocupaba por cuestiones de organización y la autoridad de los obispos, y casi nada por reglas de derecho de propiedad, crimen y delito, procedimientos, herencia y similares. En estas preocupaciones secundarias y terciarias, el derecho de la Iglesia a menudo se fundía con el derecho secular, y el propio derecho secular se había difundido, en gran parte, en la costumbre política, económica y social.

Como secuela de la Revolución papal surgió un nuevo sistema de derecho canónico y nuevos sistemas jurídicos seculares, junto con una clase de juristas y jueces profesionales, jerarquías de tribunales, escuelas de derecho, tratados de derecho y un concepto del derecho como cuerpo autónomo, integrado y en desarrollo de principios y procedimientos. La tradición jurídica occidental se formó en el marco de una revolución total, lanzada para establecer "el recto orden de cosas", o el "recto orden del mundo".[38] El "recto orden" significaba una nueva división de la sociedad en autoridades eclesiásticas y seculares separadas, la institucionalización de la autoridad eclesiástica como entidad política y jurídica y la fe en la responsabilidad de la autoridad eclesiástica para transformar la sociedad secular.

A su vez, el dualismo de los sistemas jurídicos eclesiástico y secular condujo a un pluralismo de sistemas jurídicos seculares dentro del orden jurídico eclesiástico y, más específicamente, a la competencia de jurisdicciones de los tribunales eclesiásticos y los seculares. Además, fueron necesarias la sistematización y la racionalización del derecho para mantener ese complejo equilibrio de sistemas jurídicos plurales en competencia. Por último, el recto orden de cosas introducido por la Revolución papal representó un tipo de sistematización y de racionalización del derecho que permitiera la reconciliación de autoridades en conflicto, sobre la base de principios sintetizadores: siempre que fue posible, se resolvieron las contradicciones sin destruir los elementos que comprendían.

En resumen, el nuevo sentido de derecho y los nuevos tipos de derecho que surgieron en Europa occidental como secuela de la Revolución papal fueron necesarios como medio: *1)* para el dominio, por las autoridades centrales, de una población sumamente dispersa, con diversas lealtades de

grupo; *2)* para mantener la separada identidad corporativa del clero y añadir una nueva dimensión jurídica a su conciencia de clase; *3)* para regular las relaciones entre entidades eclesiásticas y seculares en competencia; *4)* para permitir a las autoridades seculares aplicar en forma deliberada y programática su proclamada misión de imponer la paz y la justicia dentro de sus jurisdicciones respectivas, y *5)* para permitir a la Iglesia aplicar en forma deliberada y programática su proclamada misión de reformar el mundo.

La consecuencia más importante de la Revolución papal fue introducir en la historia de Occidente la experiencia de la revolución misma. En contraste con la antigua visión de la historia secular como proceso de decadencia, se introdujo una cualidad dinámica, un sentido de avance en el tiempo, una confianza en la reforma del mundo. Ya no se supuso que la "vida temporal" había de deteriorarse inevitablemente hasta el Juicio Final. Por lo contrario, ahora se supuso —por vez primera— que podría lograrse un progreso en este mundo para alcanzar algunos de los requisitos necesarios para la salvación en el venidero.

Tal vez la ilustración más espectacular del nuevo sentido del tiempo y del futuro fuese la que dio la nueva arquitectura gótica. Las grandes catedrales expresaron, en sus vertiginosas espiras, alados contrafuertes y alargadas ojivas un espíritu dinámico de movimiento ascendente, una sensación de logro, una objetivación de los valores últimos. También debe notarse que a menudo se las planeó para ser construidas a lo largo de generaciones y de siglos.

Menos espectaculares pero más significativos como símbolo de la nueva fe en el progreso y la salvación fueron los grandes monumentos jurídicos construidos en el mismo periodo. En contraste no sólo con el anterior derecho consuetudinario de Occidente, sino también con el derecho romano de antes y después de Justiniano, el derecho de los pueblos en Occidente, a finales del siglo XI, en el XII y en adelante, fue concebido como un sistema en desarrollo orgánico, un cuerpo creciente y vivo de principios y procedimientos, construido —como las catedrales— a lo largo de generaciones y de siglos.

III. EL ORIGEN DE LA CIENCIA JURÍDICA OCCIDENTAL EN LAS UNIVERSIDADES EUROPEAS

MAITLAND llamó al siglo XII un "siglo jurídico". Fue más que eso: fue *el* siglo jurídico, el siglo en que se formó la tradición jurídica occidental. No obstante, los grandes hechos revolucionarios que inauguraron esa tradición y las primeras grandes realizaciones jurídicas no ocurrieron en el siglo XII, sino en las últimas décadas del XI: los *Dictados* del papa Gregorio VII, y las medidas administrativas centralizadoras de los gobernantes normandos de Sicilia, Inglaterra y Normandía, las realizaciones académicas del gran jurista canónico Ivo de Chartres (1040-1116) y del gran jurista romano Irnerio (alrededor de 1060-1125).

El surgimiento de los modernos sistemas jurídicos occidentales a fines del siglo XI y durante el XII estuvo directamente relacionado con el nacimiento de las primeras universidades europeas. Allí, por primera vez en Europa occidental, el derecho se enseñó como cuerpo distinto y sistematizado de conocimiento, como una ciencia en que decisiones, reglas y aplicaciones jurídicas en particular eran estudiadas objetivamente y explicadas en función de principios generales y de verdades básicas para el sistema en conjunto. Preparadas en la nueva ciencia política, sucesivas generaciones de graduados universitarios ingresaron en las cancillerías y en otros cargos de los nacientes Estados eclesiásticos y seculares, para servir de consejeros, jueces, abogados, administradores y redactores legislativos. Aplicaron su conocimiento a una creciente masa de normas, ayudando así a formar nuevos sistemas jurídicos a partir de los antiguos órdenes que antes habían estado casi enteramente dispersos en las costumbres sociales y en las instituciones políticas y religiosas en general.

Desde luego, en el sentido habitual de datos legales, como reglas y procedimientos, el derecho no puede constituir una ciencia, así como la materia o el comportamiento animal no pueden constituir una ciencia. La ciencia jurídica, si es que existe, debe ser el estudio científico de dichos datos jurídicos, el cuerpo científico de conocimientos *acerca* del derecho, así como la ciencia física o biológica es el estudio científico o cuerpo de conocimiento acerca de la materia o la vida animal. Y, sin embargo, hay diferencias importantes, desde el punto de vista de la ciencia, entre datos legales o cualesquiera otros datos sociales y datos físicos, por el hecho de que los participantes en las actividades sociales tienen conciencia de lo que están haciendo y su conciencia es parte esencial de los datos. Además, la propia conciencia puede tener o tratar de adquirir las características de una ciencia. Los actores pueden atribuir a sus propias observaciones de lo

que ellos mismos están haciendo las cualidades de un cuerpo de conocimiento sistemático, objetivo y comprobable. Eso es, en efecto, lo que ocurrió al derecho a finales del siglo XI y en el XII: las reglas, conceptos, decisiones y procedimientos jurídicos siguieron siendo datos y, en ese sentido, precisamente lo opuesto de una ciencia, pero la conciencia de los participantes sobre las actividades jurídicas llegó a incluir su estudio sistemático y la acumulación de un cuerpo de conocimiento acerca de ellas con algunas de las cualidades de una ciencia. A mayor abundamiento, la ciencia, el cuerpo de conocimiento *acerca* del derecho, fue tratado como parte de los propios datos legales. La comprensión se fundió con la interpretación, y la interpretación con la aplicación. Por ejemplo, la observación científica de que los Mandamientos prohíben matar, pero que ciertos pasajes de la Biblia indican que matar puede justificarse si es en defensa propia, o excusarse cuando resulta accidental, es, en sí misma, el planteamiento de un principio jurídico aplicable, a saber, que matar es *prima facie* ilegal (según la Biblia), pero que se puede justificar o excusar en ciertas circunstancias particulares. El hecho de que la observación misma es, o puede llegar a ser parte de la ley —parte de lo mismo que se está observando— distingue la ciencia jurídica de la ciencia natural. En realidad, ésa es probablemente una de las razones de que en el siglo XX las denominaciones "ciencia jurídica" y "ciencia del derecho" casi hayan desaparecido del uso inglés y norteamericano, aunque en las lenguas francesa, alemana, italiana, rusa y otras sigan teniendo uso difundido. En esos idiomas, la palabra que significa ciencia tiene una connotación más general, y se puede distinguir más fácilmente entre derecho y metaderecho, el derecho como se le practica y el derecho como se le concibe: entre *Recht* y *Rechtswissenschaft, droit* y *la science du droit*.

Decir que a finales del siglo XI y en el XII se empezó a enseñar y a estudiar el derecho en Occidente como ciencia particular, en un momento en que los órdenes legales prevalecientes sólo empezaban a diferenciarse de la política y de la religión, nos plantea cierto número de preguntas. ¿Qué enseñaban los primeros profesores de derecho? ¿Cómo era posible enseñar derecho cuando las leyes e instituciones legales prevalecientes, eclesiásticas como seculares, en gran parte eran locales y consuetudinarias, y en gran parte se mezclaban con creencias y prácticas religiosas y en la vida política, económica y social en general?

La respuesta puede parecer curiosa a oídos modernos. El primer derecho que se enseñó y estudió sistemáticamente en Occidente no fue el derecho prevaleciente; fue el derecho contenido en un antiguo manuscrito que había salido a la luz en una biblioteca italiana, a finales del siglo XI. El manuscrito reproducía el *Digesto*, enorme colección de material jurídico compilada en tiempos del emperador romano Justiniano, cerca de 534 d. C., hacía más de cinco siglos.

El derecho romano compilado por órdenes de Justiniano en Constan-

III. EL ORIGEN DE LA CIENCIA JURÍDICA OCCIDENTAL EN LAS UNIVERSIDADES EUROPEAS

MAITLAND llamó al siglo XII un "siglo jurídico". Fue más que eso: fue *el* siglo jurídico, el siglo en que se formó la tradición jurídica occidental. No obstante, los grandes hechos revolucionarios que inauguraron esa tradición y las primeras grandes realizaciones jurídicas no ocurrieron en el siglo XII, sino en las últimas décadas del XI: los *Dictados* del papa Gregorio VII, y las medidas administrativas centralizadoras de los gobernantes normandos de Sicilia, Inglaterra y Normandía, las realizaciones académicas del gran jurista canónico Ivo de Chartres (1040-1116) y del gran jurista romano Irnerio (alrededor de 1060-1125).

El surgimiento de los modernos sistemas jurídicos occidentales a fines del siglo XI y durante el XII estuvo directamente relacionado con el nacimiento de las primeras universidades europeas. Allí, por primera vez en Europa occidental, el derecho se enseñó como cuerpo distinto y sistematizado de conocimiento, como una ciencia en que decisiones, reglas y aplicaciones jurídicas en particular eran estudiadas objetivamente y explicadas en función de principios generales y de verdades básicas para el sistema en conjunto. Preparadas en la nueva ciencia política, sucesivas generaciones de graduados universitarios ingresaron en las cancillerías y en otros cargos de los nacientes Estados eclesiásticos y seculares, para servir de consejeros, jueces, abogados, administradores y redactores legislativos. Aplicaron su conocimiento a una creciente masa de normas, ayudando así a formar nuevos sistemas jurídicos a partir de los antiguos órdenes que antes habían estado casi enteramente dispersos en las costumbres sociales y en las instituciones políticas y religiosas en general.

Desde luego, en el sentido habitual de datos legales, como reglas y procedimientos, el derecho no puede constituir una ciencia, así como la materia o el comportamiento animal no pueden constituir una ciencia. La ciencia jurídica, si es que existe, debe ser el estudio científico de dichos datos jurídicos, el cuerpo científico de conocimientos *acerca* del derecho, así como la ciencia física o biológica es el estudio científico o cuerpo de conocimiento acerca de la materia o la vida animal. Y, sin embargo, hay diferencias importantes, desde el punto de vista de la ciencia, entre datos legales o cualesquiera otros datos sociales y datos físicos, por el hecho de que los participantes en las actividades sociales tienen conciencia de lo que están haciendo y su conciencia es parte esencial de los datos. Además, la propia conciencia puede tener o tratar de adquirir las características de una ciencia. Los actores pueden atribuir a sus propias observaciones de lo

que ellos mismos están haciendo las cualidades de un cuerpo de conocimiento sistemático, objetivo y comprobable. Eso es, en efecto, lo que ocurrió al derecho a finales del siglo XI y en el XII: las reglas, conceptos, decisiones y procedimientos jurídicos siguieron siendo datos y, en ese sentido, precisamente lo opuesto de una ciencia, pero la conciencia de los participantes sobre las actividades jurídicas llegó a incluir su estudio sistemático y la acumulación de un cuerpo de conocimiento acerca de ellas con algunas de las cualidades de una ciencia. A mayor abundamiento, la ciencia, el cuerpo de conocimiento *acerca* del derecho, fue tratado como parte de los propios datos legales. La comprensión se fundió con la interpretación, y la interpretación con la aplicación. Por ejemplo, la observación científica de que los Mandamientos prohíben matar, pero que ciertos pasajes de la Biblia indican que matar puede justificarse si es en defensa propia, o excusarse cuando resulta accidental, es, en sí misma, el planteamiento de un principio jurídico aplicable, a saber, que matar es *prima facie* ilegal (según la Biblia), pero que se puede justificar o excusar en ciertas circunstancias particulares. El hecho de que la observación misma es, o puede llegar a ser parte de la ley —parte de lo mismo que se está observando— distingue la ciencia jurídica de la ciencia natural. En realidad, ésa es probablemente una de las razones de que en el siglo XX las denominaciones "ciencia jurídica" y "ciencia del derecho" casi hayan desaparecido del uso inglés y norteamericano, aunque en las lenguas francesa, alemana, italiana, rusa y otras sigan teniendo uso difundido. En esos idiomas, la palabra que significa ciencia tiene una connotación más general, y se puede distinguir más fácilmente entre derecho y metaderecho, el derecho como se le practica y el derecho como se le concibe: entre *Recht* y *Rechtswissenschaft, droit* y *la science du droit*.

Decir que a finales del siglo XI y en el XII se empezó a enseñar y a estudiar el derecho en Occidente como ciencia particular, en un momento en que los órdenes legales prevalecientes sólo empezaban a diferenciarse de la política y de la religión, nos plantea cierto número de preguntas. ¿Qué enseñaban los primeros profesores de derecho? ¿Cómo era posible enseñar derecho cuando las leyes e instituciones legales prevalecientes, eclesiásticas como seculares, en gran parte eran locales y consuetudinarias, y en gran parte se mezclaban con creencias y prácticas religiosas y en la vida política, económica y social en general?

La respuesta puede parecer curiosa a oídos modernos. El primer derecho que se enseñó y estudió sistemáticamente en Occidente no fue el derecho prevaleciente; fue el derecho contenido en un antiguo manuscrito que había salido a la luz en una biblioteca italiana, a finales del siglo XI. El manuscrito reproducía el *Digesto*, enorme colección de material jurídico compilada en tiempos del emperador romano Justiniano, cerca de 534 d. C., hacía más de cinco siglos.

El derecho romano compilado por órdenes de Justiniano en Constan-

tinopla era un sistema jurídico sumamente desarrollado y complejo, muy distinto del derecho consuetudinario germánico. Durante un tiempo prevaleció en el Imperio romano de Occidente, así como en el de Oriente. Sin embargo, en el año 476, el último de los emperadores romanos fue depuesto, y desde mucho antes la civilización romana ya había sido derrocada en Occidente por las primitivas civilizaciones tribales de godos, vándalos, francos, sajones y otros pueblos germánicos. Después del siglo VI, el derecho romano sólo sobrevivió fragmentariamente en Occidente, aunque continuara floreciendo como sistema en el Imperio de Oriente, llamado Bizancio (que incluía el sur de Italia). Algunas de sus reglas y conceptos particulares aparecieron en ocasionales decretos de autoridades eclesiásticas y seculares de Occidente, así como en el derecho consuetudinario de los pueblos que habitaban lo que hoy es Francia y el norte de Italia. También la idea carolingia y poscarolingia de que el rey franco había perpetuado la autoridad de los emperadores romanos favoreció la supervivencia de máximas y principios aislados del derecho romano, sobre todo en lo tocante a la autoridad imperial. Algunas de esas colecciones, apenas organizadas, de leyes promulgadas por los reyes germánicos, contenían un número considerable de reglas y conceptos jurídicos romanos. Pero el derecho romano como tal, es decir, como sistema, tenía una validez muy limitada en Europa occidental por los días en que se descubrió en Italia la obra de Justiniano. Los textos habían desaparecido y los términos habían adquirido significados nuevos. No había equivalentes occidentales de los magistrados (pretores), los asesores jurídicos (juristas) o los tribunos (oradores) romanos. Las instituciones jurídicas prevalecientes eran en gran parte germánicas y francas. De este modo, fue el cuerpo de derecho, el sistema jurídico de una civilización anterior, como se le había anotado en un enorme libro o conjunto de libros, el que fue objeto de los primeros estudios jurídicos sistemáticos de Europa.

A pesar de todo, era de importancia decisiva que los juristas que estudiaban aquellos textos antiguos creyeran, como sus contemporáneos en general, que la civilización anterior, el Imperio romano, había sobrevivido hasta su propia época, tanto en Occidente como en Oriente. En cierto sentido especial sí había sobrevivido: en una forma nueva, así como el alma de una persona puede sobrevivir a su cuerpo. Más aún: creyeron que tenía una cualidad universal y perdurable. Tomaron la ley de Justiniano, no principalmente como la ley aplicable en Bizancio en 534 d. C., sino como la ley aplicable en todo tiempo y en todo lugar. En otras palabras, la tomaron por la verdad, del mismo modo que tomaban la Biblia como la verdad y las obras de Platón y (después) de Aristóteles como la verdad. Aunque, por ejemplo, lo que estaba escrito en la compilación de Justiniano acerca de la propiedad de las tierras no tuviese nada que ver con la regulación de los derechos feudales de propiedad prevalecientes en 1100 en la Toscana o en Normandía, esto no significaba que no fuese "la ley". Era, en realidad, la

verdadera ley, la ley ideal, la encarnación de la razón. Además, se pensaba que Toscana y Normandía eran justamente la continuación de Roma, así como la Iglesia o la cristiandad se consideraba como la continuación de Israel. El descubrimiento de una copia de la compilación de Justiniano, cerca del año 1080, fue recibido con el mismo espíritu con que se habría recibido el descubrimiento de un ejemplar de una continuación, perdida durante siglos, del Antiguo Testamento. De este modo, el autor (o los autores) de la gran *summa* de derecho inglés del siglo XIII, el *Treatise on the Laws and Customs of England*, de Bracton, citaba cerca de 500 pasajes del *Digesto* de Justiniano sin mencionarlo, simplemente dando por sentado que eran "el derecho" en Inglaterra, aunque muchos de ellos no habrían sido aplicables en los tribunales del rey.[1] En realidad, Bracton tuvo que sostener que las costumbres inglesas aplicables en los tribunales del rey constituían un "derecho" tan real como el contenido en los antiguos textos romanos.

Fueron necesarios otros dos ingredientes para crear la tradición jurídica occidental. Uno de ellos fue el método de análisis y síntesis que se aplicaba a los antiguos textos jurídicos, método que en tiempos modernos se ha llamado, un tanto desdeñosamente, "escolasticismo". El otro fue el marco en que el método escolástico fue aplicado a los libros de derecho romano, a saber, la universidad.

Estos tres elementos —el descubrimiento de los escritos jurídicos compilados en tiempos del emperador romano Justiniano, el método escolástico para analizarlos y sintetizarlos y la enseñanza de derecho en las universidades de Europa— se encuentran en las raíces mismas de la tradición jurídica occidental. El derecho romano dio a toda Europa (incluso a Inglaterra) gran parte de su vocabulario jurídico básico. El método escolástico ha seguido siendo un modo predominante del pensamiento legal por todo Occidente hasta nuestros días. Las universidades reunieron a los eruditos en materia jurídica —maestros y estudiantes— de toda Europa. Los pusieron en contacto no sólo entre sí, sino también con maestros y estudiantes de teología, medicina y las artes liberales, formando lo que en la terminología actual llamamos una profesión.

La escuela de derecho de Bolonia

Los textos de derecho romano recién descubiertos fueron copiados, y empezaron a estudiarse en varias ciudades de Italia y de otros países a finales del siglo XI. Solían reunirse estudiantes y contratar a un maestro, para que se los explicara durante un año; la forma legal adoptada fue la de una sociedad (en derecho romano, *societas)* de profesor y estudiantes. Un profesor en particular, llamado Guarnerio pero conocido históricamente

del año 1087, conquistó la preeminencia, y a él acudieron estudiantes de toda Europa.[2] Su escuela sobrevivió a su muerte. Cálculos modernos fijan entre 1000 y 10 000 el número de estudiantes de derecho que hubo en Bolonia en algún momento en los siglos XII y XIII.[3]

Siendo extranjeros, casi todos los estudiantes se encontraban en una precaria situación legal. Por ejemplo, un extranjero podía ser responsable de las deudas de cualquiera de sus conciudadanos. Un mercader boloñés que tuviese una demanda contra un comerciante londinense, podía exigir indemnizaciones a cualquiera de los estudiantes de derecho ingleses que hubiera en la ciudad. Para protegerse de éste y otros peligros, los estudiantes se formaron en "naciones" sobre la base de su origen étnico y geográfico: francos, picardos, provenzales, alemanes, anglos, españoles y otros, en total veinte o más naciones. Por último, se unieron en dos cuerpos corporativos o gremios, uno de los cuales comprendía a todos los estudiantes de los Alpes hacia el Norte, y el otro a todos los de allí hacia el Sur; cada uno de esos grupos estaba organizado en forma de una *universitas*, término del derecho romano que entonces recibió el significado de asociación con personalidad jurídica o, en la terminología actual, corporación. Los profesores no eran miembros de la *universitas* estudiantil.

Las virtudes de la incorporación fueron obvias para los estudiantes de Bolonia, adolescentes que según las ideas medievales eran jóvenes ya maduros y dispuestos a llevar una vida política activa. Unidos, podían negociar eficazmente con el gobierno de la ciudad y también dominar la administración de la escuela. Bolonia fue el arquetipo de la institución medieval de alta cultura, dominada por estudiantes, en contraste con la universidad, dominada por el cuerpo docente, que poco después se fundaría en París. A la postre, el nombre de "universidad" acabó por darse a todas esas instituciones. Originalmente, el término se aplicaba a la universidad en el sentido actual, es decir, toda la institución o empresa era *studium generale* ("educación general"), significando la educación disponible y acreditada en general y no sólo localmente. No era necesario que hubiese diversos "departamentos": una facultad de teología o de derecho podía llamarse un *studium generale*.

La *universitas* estudiantil, o corporación o gremio, recibió de la ciudad de Bolonia una cédula que le permitía hacer contratos con los profesores, regular las condiciones del alojamiento de los estudiantes, determinar el tipo de cursos que se enseñarían y el material que cubriría cada uno, fijar la extensión de las conferencias y el número de días festivos, regular los precios del alquiler y la venta de libros. Los estudiantes pagaban directamente a los profesores en sus respectivas clases.

El gremio estudiantil también recibió una vasta jurisdicción penal y civil sobre sus miembros. De este modo, los estudiantes se liberaron de las desventajas civiles de su condición de extranjeros, y de hecho adquirieron una artificial ciudadanía propia.

La cédula de Bolonia establecía que el gremio estudiantil sería responsable del

> cultivo de la caridad fraternal, de la mutua asociación y amistad, la atención a los enfermos y los menesterosos, la realización de funerales y la extirpación de rencores y querellas, la asistencia y escolta de nuestros candidatos al doctorado al lugar del examen y de vuelta, y el bienestar espiritual de sus miembros.[4]

Los profesores formaron su propia asociación, el colegio de maestros, con derecho de examinar y admitir candidatos al doctorado... y cargar estipendios por examen. Puesto que el grado de doctor era, en realidad, una admisión a la profesión docente, los profesores conservaron la facultad de determinar quiénes serían miembros de su propio gremio; pero eso era casi todo. Si los estudiantes consideraban que un profesor no estaba cumpliendo con sus deberes docentes, podían boicotear sus clases y negarse a pagarle. Y si una conferencia no comenzaba al sonar la campana o si concluía antes del otro toque, o si el curso de conferencias no quedaba completo al fin del periodo, el gremio de estudiantes podía aplicar una multa al profesor.

La junta de gobierno de la universidad estudiantil era un consejo general para el cual cada "nación" elegía a dos miembros. El consejo general elegía al rector, y cada nación tenía el derecho de nombrar un candidato al puesto. El rector había de tener al menos 24 años de edad y cinco de residencia. El grado de bachiller era otorgado por el rector. Una junta de estudiantes, llamada de Denunciadores de los Profesores, era nombrada por el rector, para informar de las irregularidades de los maestros.

El consejo general gobernaba por mayoría de votos. Las cuestiones importantes eran resueltas por una asamblea ("Congregación") de todos los estudiantes, y era obligatoria la asistencia a ella. Cada estudiante contaba con derecho de voz y de voto. El consejo general tenía facultades para poner en vigor los estatutos universitarios. Los estatutos regulaban los asuntos económicos de la institución, incluyendo multas y salarios, el costo de los libros de alquiler, el alojamiento y las condiciones de préstamo de dinero; también regulaban la disciplina estudiantil y profesional, así como muchos aspectos del programa escolar. Sin embargo, una limitación importante al autogobierno de los estudiantes era la regla de que ningún estatuto adoptado por la asamblea podía modificarse hasta veinte años después de entrar en vigor, salvo por consentimiento unánime de estudiantes y maestros.

La fuente del poder estudiantil era, en parte, económica. Los estudiantes —o bien hijos de familias ricas, o bien patrocinados por fundaciones (por lo general, conventos)— dejaban grandes ingresos a la ciudad. Si no estaban satisfechos podían emigrar fácilmente, llevándose consigo a los profesores. Dado que los dormitorios, refectorios y salones de conferencia eran

del año 1087, conquistó la preeminencia, y a él acudieron estudiantes de toda Europa.[2] Su escuela sobrevivió a su muerte. Cálculos modernos fijan entre 1000 y 10 000 el número de estudiantes de derecho que hubo en Bolonia en algún momento en los siglos XII y XIII.[3]

Siendo extranjeros, casi todos los estudiantes se encontraban en una precaria situación legal. Por ejemplo, un extranjero podía ser responsable de las deudas de cualquiera de sus conciudadanos. Un mercader boloñés que tuviese una demanda contra un comerciante londinense, podía exigir indemnizaciones a cualquiera de los estudiantes de derecho ingleses que hubiera en la ciudad. Para protegerse de éste y otros peligros, los estudiantes se formaron en "naciones" sobre la base de su origen étnico y geográfico: francos, picardos, provenzales, alemanes, anglos, españoles y otros, en total veinte o más naciones. Por último, se unieron en dos cuerpos corporativos o gremios, uno de los cuales comprendía a todos los estudiantes de los Alpes hacia el Norte, y el otro a todos los de allí hacia el Sur; cada uno de esos grupos estaba organizado en forma de una *universitas*, término del derecho romano que entonces recibió el significado de asociación con personalidad jurídica o, en la terminología actual, corporación. Los profesores no eran miembros de la *universitas* estudiantil.

Las virtudes de la incorporación fueron obvias para los estudiantes de Bolonia, adolescentes que según las ideas medievales eran jóvenes ya maduros y dispuestos a llevar una vida política activa. Unidos, podían negociar eficazmente con el gobierno de la ciudad y también dominar la administración de la escuela. Bolonia fue el arquetipo de la institución medieval de alta cultura, dominada por estudiantes, en contraste con la universidad, dominada por el cuerpo docente, que poco después se fundaría en París. A la postre, el nombre de "universidad" acabó por darse a todas esas instituciones. Originalmente, el término se aplicaba a la universidad en el sentido actual, es decir, toda la institución o empresa era *studium generale* ("educación general"), significando la educación disponible y acreditada en general y no sólo localmente. No era necesario que hubiese diversos "departamentos": una facultad de teología o de derecho podía llamarse un *studium generale*.

La *universitas* estudiantil, o corporación o gremio, recibió de la ciudad de Bolonia una cédula que le permitía hacer contratos con los profesores, regular las condiciones del alojamiento de los estudiantes, determinar el tipo de cursos que se enseñarían y el material que cubriría cada uno, fijar la extensión de las conferencias y el número de días festivos, regular los precios del alquiler y la venta de libros. Los estudiantes pagaban directamente a los profesores en sus respectivas clases.

El gremio estudiantil también recibió una vasta jurisdicción penal y civil sobre sus miembros. De este modo, los estudiantes se liberaron de las desventajas civiles de su condición de extranjeros, y de hecho adquirieron una artificial ciudadanía propia.

La cédula de Bolonia establecía que el gremio estudiantil sería responsable del

> cultivo de la caridad fraternal, de la mutua asociación y amistad, la atención a los enfermos y los menesterosos, la realización de funerales y la extirpación de rencores y querellas, la asistencia y escolta de nuestros candidatos al doctorado al lugar del examen y de vuelta, y el bienestar espiritual de sus miembros.[4]

Los profesores formaron su propia asociación, el colegio de maestros, con derecho de examinar y admitir candidatos al doctorado... y cargar estipendios por examen. Puesto que el grado de doctor era, en realidad, una admisión a la profesión docente, los profesores conservaron la facultad de determinar quiénes serían miembros de su propio gremio; pero eso era casi todo. Si los estudiantes consideraban que un profesor no estaba cumpliendo con sus deberes docentes, podían boicotear sus clases y negarse a pagarle. Y si una conferencia no comenzaba al sonar la campana o si concluía antes del otro toque, o si el curso de conferencias no quedaba completo al fin del periodo, el gremio de estudiantes podía aplicar una multa al profesor.

La junta de gobierno de la universidad estudiantil era un consejo general para el cual cada "nación" elegía a dos miembros. El consejo general elegía al rector, y cada nación tenía el derecho de nombrar un candidato al puesto. El rector había de tener al menos 24 años de edad y cinco de residencia. El grado de bachiller era otorgado por el rector. Una junta de estudiantes, llamada de Denunciadores de los Profesores, era nombrada por el rector, para informar de las irregularidades de los maestros.

El consejo general gobernaba por mayoría de votos. Las cuestiones importantes eran resueltas por una asamblea ("Congregación") de todos los estudiantes, y era obligatoria la asistencia a ella. Cada estudiante contaba con derecho de voz y de voto. El consejo general tenía facultades para poner en vigor los estatutos universitarios. Los estatutos regulaban los asuntos económicos de la institución, incluyendo multas y salarios, el costo de los libros de alquiler, el alojamiento y las condiciones de préstamo de dinero; también regulaban la disciplina estudiantil y profesional, así como muchos aspectos del programa escolar. Sin embargo, una limitación importante al autogobierno de los estudiantes era la regla de que ningún estatuto adoptado por la asamblea podía modificarse hasta veinte años después de entrar en vigor, salvo por consentimiento unánime de estudiantes y maestros.

La fuente del poder estudiantil era, en parte, económica. Los estudiantes —o bien hijos de familias ricas, o bien patrocinados por fundaciones (por lo general, conventos)— dejaban grandes ingresos a la ciudad. Si no estaban satisfechos podían emigrar fácilmente, llevándose consigo a los profesores. Dado que los dormitorios, refectorios y salones de conferencia eran

propiedad de la ciudad o de empresarios locales y no de los estudiantes, la partida de estudiantes podía causar una grave crisis económica. Posteriormente, los profesores fueron pagados por la ciudad, y se comprometían por juramento a no abandonarla. Esto redujo notablemente el dominio estudiantil sobre la universidad.

También la jerarquía eclesiástica desempeñó un papel importante en la dirección de la educación jurídica. Con excepción de las ciudades italianas, la educación por toda Europa en el siglo XII fue supervisada por la autoridad eclesiástica y no por la secular. Sin embargo, en 1219, más de un siglo después de inaugurada la universidad de Bolonia, el papa decretó que nadie debía ser instalado en el oficio de enseñar (es decir, nadie debía recibir el grado de doctor) sin haber sido examinado por el arcediano de Bolonia y recibido la licencia de sus manos. De hecho, el arcediano (o, en el caso de otras universidades italianas, por similares decretos papales, el obispo) no hacía personalmente las preguntas, sino que presidía el examen. No obstante, el decreto papal de 1219 privó a los doctores de su función independiente de otorgar títulos, y en adelante se exigió la *licentia docendi* (licencia para enseñar) de la Iglesia, en Italia como en cualquier otro lugar. En muchas partes de Europa, el remoto dominio de las universidades por los obispos produjo esporádicas revueltas estudiantiles.

A pesar de esto, mayor importancia histórica que el dominio episcopal de las universidades tuvo la relativa libertad de éstas en comparación con las antiguas instituciones educativas. Antes del siglo XI, la educación formal en Europa se había llevado a cabo casi exclusivamente en conventos. Durante los siglos XI y XII se formaron escuelas de catedrales que, gradualmente, fueron cobrando importancia. Como la catedral era la sede del obispado, la escuela de la catedral se hallaba bajo su vigilancia directa, así como la escuela monástica se hallaba bajo la vigilancia directa del abad. Difícil sería que un maestro se atreviera a contradecir a su obispo o su abad. En cambio, se dice que la universidad de Bolonia fue fundada cuando Matilde, duquesa de Toscana y amiga del papa Gregorio VII, invitó a Irnerio a enseñar derecho romano en ella. Así, durante más de cien años la enseñanza en Bolonia estuvo libre de todo dominio eclesiástico directo. Desde luego, había una considerable presión indirecta; se dice que el propio Irnerio fue excomulgado porque apoyó la causa imperial contra el papado. No obstante, en general los juristas boloñeses fueron libres de apoyar opiniones opuestas, sobre hasta qué punto diversas cláusulas del derecho romano justificaban las pretensiones imperiales y las papales. Mientras tanto, en París, a comienzos del siglo XII, Pedro Abelardo se atrevió a contradecir a su obispo, y a profesar un "contracurso" adverso a él. Y de esta confrontación surgió la universidad de París en el siglo XII.[5] Así, las universidades europeas se establecieron desde el comienzo como instituciones educativas en que los profesores eran libres de adoptar posiciones opuestas, en contraste con el sistema anterior, conocido desde la Antigüedad, según el cual cada escuela había estado dominada por un solo maestro o una sola teoría.

También desde el principio, Bolonia fue una universidad, en el sentido de que era una escuela para graduados; es decir, que la mayoría de sus estudiantes habían recibido antes una educación en artes liberales, habitualmente en una escuela monástica o catedral. El programa escolar consistía, allí, en las siete "artes liberales": gramática, retórica, lógica (también llamada dialéctica), aritmética, geometría, astronomía y música. Sin embargo, muchas de las escuelas se concentraban en las tres primeras, llamadas el *trivium,* basadas principalmente en la Biblia, los escritos de los Padres de la Iglesia y algunas partes de Platón, Aristóteles, Cicerón y otros autores griegos y romanos. Desde el siglo XII, el estudio de las artes liberales fue requisito para el de las nuevas "ciencias" del derecho, la teología y la medicina. (Y cuando, como en París, las artes liberales se convirtieron en una cuarta disciplina universitaria, su estudio siguió siendo indispensable para las otras tres.) Al principio, Bolonia no tuvo ninguna facultad aparte de la de derecho; cuando, con el tiempo, se formaron allí otras facultades, no hubo entre ellas una conexión constitucional, salvo la de que todos los estudiantes recibían su grado del mismo canciller, el arcediano de Bolonia.

El sistema boloñés de educación jurídica fue trasplantado a muchas otras ciudades de Europa, incluyendo Padua, Perusa y Pisa, Salamanca y Montpellier, y Orleáns, Praga, Viena, Cracovia y Heidelberg.[6] Sin embargo, la mayoría de las universidades situadas al Norte de los Alpes, aunque siguiendo el programa escolar de derecho y los métodos de enseñanza de Bolonia, adoptaron el tipo de organización iniciado en París, donde los doctores y los estudiantes de las cuatro facultades —teología, derecho, medicina y las artes— formaban un solo cuerpo y estaban sometidos a una cabeza común y a un gobierno común.[7] En Oxford, Vacario, graduado en Bolonia, profesó el derecho romano a mediados del siglo XII, aunque al parecer una facultad de derecho, como tal, no fue establecida en Oxford (y otra en Cambridge) hasta el siglo siguiente.

El programa escolar y el método de enseñanza

Lo que desde el principio se enseñó en Bolonia fue el texto de derecho romano compilado por los juristas de Justiniano en el siglo VI. En realidad, es probable que la escuela de derecho se hubiese fundado básicamente con el propósito de estudiar ese texto.

El manuscrito consistía en cuatro partes: el *Código,* que comprendía 12 libros de ordenanzas y decisiones de los emperadores romanos anteriores a Justiniano; las *Novelas,* que contenían las leyes promulgadas por el propio emperador Justiniano; la *Instituta,* breve libro de texto planeado como

introducción para iniciar a estudiantes en el derecho, y el *Digesto,* cuyos 50 libros contenían toda una multitud de extractos de las opiniones de juristas romanos sobre una gran variedad de cuestiones jurídicas. En una moderna traducción inglesa, el *Código* contiene 1 034 páginas; las *Novelas,* 562; la *Instituta,* 173, y el *Digesto,* 2 774.[8]

La visión de los juristas europeos de finales del siglo XI y del XII exigía que se tratasen todos estos escritos como un solo cuerpo.

A pesar de todo, no se atribuyó la mayor importancia a la *Instituta,* especie de breve introducción en el derecho romano, ni al *Código* ni a las *Novelas,* que aclaraban ciertos estatutos y decretos imperiales, sino al *Digesto,* también llamado las *Pandectas.* El *Digesto* era un vasto conglomerado de las opiniones de juristas romanos acerca de miles de proposiciones jurídicas, relacionadas no sólo con propiedades, testamentos, contratos, daños y otras ramas de lo que hoy se llama el derecho civil, sino también con el derecho penal, el constitucional y otros que gobernaban a los ciudadanos romanos. Era derecho "municipal" *(ius civilis,* "el derecho de la ciudad"), que lo cubría todo excepto "el derecho de gentes" o "de las naciones" *(ius gentium),* aplicable también a los no romanos y que sólo incidentalmente era mencionado. El *Digesto* no era un código en el sentido moderno: no trataba de exponer un conjunto de conceptos, principios y reglas de derecho que fuese completo, autocontenido, internamente congruente y sistemáticamente dispuesto. Fue sólo en Occidente, tras la fundación de las universidades, cuando el *Digesto,* junto con el *Código,* las *Novelas* y la *Instituta,* llegó a ser llamado *Corpus Iuris Civilis:* "el cuerpo" del derecho civil.

Las propuestas jurídicas que el *Digesto* establecía eran, muy a menudo, razones necesarias para un juicio (como se les llamaría hoy) en casos reales. Otras eran declaraciones ("edictos") de magistrados, llamados pretores, sobre cómo fallarían en casos teóricos, por ejemplo: "El pretor dice, 'Si vos o vuestros esclavos habéis privado a alguien, por la fuerza, de una propiedad que tenía por entonces, yo concederé una acción sólo por un año, pero una vez transcurrido el año, concederé una con referencia a lo que [después] ha llegado a las manos de quien desposeyó, por la fuerza, al quejoso'". Tales propuestas van seguidas por citas de opiniones de varios juristas. Por ejemplo, con respecto a esa frase del pretor, se citan estas palabras del jurista Ulpiano:

> Este interdicto fue establecido para beneficio de una persona que fue expulsada por la fuerza, y es perfectamente justo acudir en su ayuda en tales circunstancias. Este interdicto pretendió ayudarle a recuperar su posesión... Este interdicto no hace referencia a todo tipo de violencia, sino sólo a la que se usó contra personas que han sido privadas de posesiones. Sólo se relaciona con la violencia atroz, y donde las partes han sido privadas de posesión de tierras, como, por ejemplo, un terreno, una construcción, pero nada más.

Otros juristas también comentan la misma interdicción: por ejemplo, se cita así a Pomponio: "Empero, si sois expulsado por la fuerza armada, tendréis derecho a recuperar la tierra, aun si originalmente obtuvisteis posesión de ella, sea por fuerza *(vi)* o clandestinamente *(clam)* o con un título precario *(precario).*"[9]

Los juristas romanos, como lo ha escrito John P. Dawson, dirigían casi toda su atención

> no a una síntesis teórica, sino al trato congruente y ordenado de casos individuales... Toda su atención estaba en la economía, no sólo de palabras, sino de ideas. Sus suposiciones eran fijas, el propósito principal del orden social y político no debía ponerse en duda, el sistema de ideas jurídicas era demasiado conocido para que requiriese mucha discusión. Ellos estaban allí para resolver problemas, trabajando dentro del sistema, y no les correspondía resolver los problemas últimos de las necesidades y el destino de la humanidad. Trabajaban caso por caso, con paciencia y agudeza y un profundo respeto a la tradición heredada.[10]

El profesor Dawson observa la "intensa concentración" de los juristas romanos "en casos específicos", a veces hipotéticos pero a menudo tomados de litigios reales.

> Los casos [dice] son brevemente planteados, como las propias conclusiones de los juristas. No se necesitaba una justificación elaboradamente razonada, pues a quienes se encontraran fuera del grupo de elite les bastaba la sola autoridad del jurista, y quienes formaban parte de él comprendían las razones bastante bien. No se mencionaban siquiera muchas suposiciones, o si acaso, se las insinuaba, que sólo se han descubierto después de siglos de paciente estudio. La tarea principal de los juristas, tal como ellos la concebían, era dar solución a los casos que habían surgido o que pudiesen surgir, poniendo a prueba y revisando sus ideas fundamentales, u observando sus efectos sobre casos particulares.[11]

A los estudiantes de derecho en la Europa actual, que estudian el derecho romano tal como ha sido sistematizado por profesores universitarios de Occidente desde del siglo XII, les cuesta trabajo creer que los textos originales fuesen tan intensamente casuistas y ateóricos. Se les enseña que, *implícito* en la miríada de estrechas reglas y términos generales no definidos, se hallaba un complejo sistema de conceptos abstractos. Y es este conceptualismo del derecho romano el que se hace contrastar con el supuesto particularismo y pragmatismo del derecho inglés y norteamericano. Pero eso es ver el derecho romano de Justiniano con los ojos de los futuros juristas europeos; ellos fueron los primeros en sacar las implicaciones conceptuales, los que hicieron una teoría del derecho del contrato a base de tipos particulares de contratos romanos, quienes definieron el derecho de posesión, quienes elaboraron doctrinas de justificación al uso de la fuerza y quienes, en general, sistematizaron los antiguos textos sobre la base de vastos principios y conceptos.

El programa escolar de la escuela de derecho del siglo XII consistía, en primera instancia, en la lectura de los textos del *Digesto*. El profesor leía y corregía el lenguaje del texto manuscrito, y los estudiantes lo seguían en sus copias manuscritas (por lo general, alquiladas) y hacían las correcciones necesarias. A este ejercicio se le dio el nombre de "lectura". Algunos estudiantes que no podían comprar o alquilar ejemplares del *Digesto* tenían que aprendérselo de memoria.

Como el texto era muy difícil, había que explicarlo. Por tanto, después de leerlo el maestro lo "glosaba", es decir, lo interpretaba palabra por palabra y renglón por renglón. *(Glossa*, en griego, significa a la vez "lengua" o "lenguaje" y "término no común".) Las glosas dictadas por el maestro eran copiadas por el estudiante entre los renglones del texto; al hacerse más largas, invadían los márgenes. Pronto, las glosas escritas tuvieron una autoridad casi igual a la del propio texto glosado. Cerca del año 1250, la *Glossa Ordinaria* de Accursio llegó a ser la obra autorizada del *Digesto* en conjunto. Más adelante aparecerían los "posglosadores" o "comentadores" con sus "comentarios" a los textos y las glosas.

Las glosas eran de varios tipos. Algunas (llamadas *notabilia)* hacían breves resúmenes del contenido del pasaje glosado. Otras (llamadas *brocardica),* eran planteamientos de reglas jurídicas generales (máximas) basadas en la parte del texto que se estaba glosando. Además, los profesores anotaban el texto por clasificaciones llamadas *distinctiones*. Solían empezar con un término o concepto general y lo dividían en varias especies subordinadas, las cuales a su vez serían divididas y más subdivididas, con el escritor "siguiendo estas ramificaciones de sentido y de terminología hasta en los más nimios detalles".[12] Por último, además de hacer "distinciones", el profesor planteaba *quaestiones*, poniendo a prueba una vasta doctrina al aplicarla a problemas particulares o "cuestiones".

El programa escolar y la forma de las lecturas y disputaciones estaban descritos en los estatutos de la universidad. Una introducción a una lectura de un profesor medieval de derecho dice lo siguiente:

> Primero os daré resúmenes de cada título [del *Digesto*], antes de pasar al texto. Segundo, plantearé también, tan clara y explícitamente como pueda, los ejemplos de las leyes particulares [dadas en el título]. Tercero, repetiré brevemente el texto con vistas a corregirlo. Cuarto, repetiré brevemente el contenido de los ejemplos [de las leyes]. Quinto, resolveré las contradicciones, añadiendo principios generales comúnmente llamados "brocardica" y distinciones o problemas *[quaestiones]* sutiles y útiles, con su solución, hasta donde me ilumine la Divina Providencia. Y si alguna ley pareciera merecer, por razón de su celebridad o de su dificultad, una Repetición, yo la reservaré para una Repetición por la tarde.[13]

Además de las lecturas de los textos y las glosas, y de su análisis por medio de distinciones y preguntas, el programa escolar de Bolonia y de otras escuelas medievales de derecho incluía la *disputatio*, que era una discusión sobre una cuestión de derecho en forma de debate entre dos estudiantes guiados por un profesor, o bien un debate entre profesores y estudiantes. Se le ha comparado con un tribunal *ad hoc* moderno, pero las preguntas siempre eran sobre cuestiones de derecho, y no sobre situaciones reales o hipotéticas de hecho.

Con el transcurso del tiempo, el programa de derecho en Bolonia, París, Oxford y otras universidades de Europa se extendió para incluir algo más que el derecho romano contenido en el *Corpus Iuris Civilis*. La principal materia nueva, añadida en la segunda mitad del siglo XII, fue el recién desarrollado derecho canónico de la Iglesia. En contraste con el derecho romano, el canónico era un derecho actual, prevaleciente, atiborrado de decretos de papas y concilios y aplicado por tribunales eclesiásticos. Asimismo, al desarrollarse los sistemas jurídicos seculares de las ciudades, principados y reinos de Europa —habitualmente bajo la guía de juristas graduados en Bolonia y otros lugares— el programa escolar se enriqueció con referencias a problemas actuales del derecho secular. Al analizar los textos de Justiniano, los profesores solían introducir preguntas jurídicas de aplicación práctica, y analizaban casos cotidianos a la luz de los textos romanos y del derecho canónico.

De esta manera, el resurgimiento del estudio del derecho romano condujo al análisis de los problemas jurídicos del momento. Al principio, el derecho romano sirvió como derecho ideal, como cuerpo de ideas jurídicas tomado como sistema unificado; en cambio, los problemas jurídicos del momento, antes no clasificados e incoados, se analizaban en sus propios términos, y eran juzgados de acuerdo con sus normas. En cierto sentido el derecho romano desempeñó, para la mentalidad jurídica medieval, un papel similar al de la historia de la jurisprudencia en la mentalidad jurídica anglo-americana moderna del siglo XVII a comienzos del siglo XX. Dio una perspectiva para analizar ciertas leyes prevalecientes y ofreció ideales para poner a prueba su validez. Esto no significa que se considerase al derecho romano como distinto del derecho en vigor. Prevaleció junto con las leyes más nuevas y, en cierto sentido, por encima de ellas. Pero tenía una cualidad fundamental de la que éstas carecían. Las nuevas leyes estaban en pleno devenir; las reglas del derecho romano estaban presentes, para adaptarse a ellas.

El método escolástico de análisis y síntesis

Subyacente en el programa y los métodos de enseñanza de las escuelas de derecho de Bolonia y otras universidades occidentales de los siglos XII y XIII, había un nuevo modo de análisis y síntesis, que después sería llamado el método escolástico. Éste, que empezó a desarrollarse a comienzos del siglo XII tanto en derecho como en teología, presupone la absoluta autoridad

de ciertos libros, de los que se considera que contienen un cuerpo de doctrina completo e integrado. Pero, paradójicamente, también se supone que pueden tener lagunas y contradicciones, y se propone, como principal tarea, resumir el texto, colmar las lagunas y resolver las contradicciones. Al método se le llama "dialéctico", en el sentido que el término tenía en el siglo XII: que busca la reconciliación de los opuestos.[14]

Tanto en derecho como en teología, y más adelante en filosofía, el modo escolástico de análisis y síntesis fue promovido por el método de enseñanza universitaria, particularmente el método de glosar el texto y hacer preguntas para la disputación. "Los principales libros de derecho y de teología fueron el brote natural de las lecturas universitarias."[15] En otras palabras, la ciencia —el saber— provenía de la enseñanza, y no a la inversa.

En el tiempo mismo en que juristas occidentales empezaban a crear lo que concebían como una ciencia del derecho, los teólogos occidentales empezaban a crear lo que concebían como una ciencia de la teología. En realidad, Pedro Abelardo (1079-1142), el primero en emplear el término "teología" en el sentido moderno, o sea el de un análisis sistemático de la evidencia de la revelación divina,[16] también fue uno de los grandes precursores de la lógica escolástica, y a veces se le ha llamado el padre del escolasticismo. Abelardo, mediante métodos escolásticos de análisis y síntesis, trató de aplicar normas racionales para juzgar cuáles verdades reveladas eran de validez universal y cuáles eran sólo de validez relativa. Así, ésta no era la clase de fundamentalismo que considera igualmente ciertas todas las palabras del texto y en cualesquier circunstancias; el conjunto es considerado verdad, y dentro del conjunto, a las partes se les asignan diversos matices de verdad. De hecho, uno de los libros más importantes de Abelardo, *Sic et Non (Sí y no)*, se limita a documentar, por medio de citas sucesivas, una lista de más de 150 incongruencias y discrepancias encontradas en la Biblia y en los escritos de los Padres de la Iglesia y otras autoridades, suponiendo que todas ellas son ciertas y dejando al lector la tarea de tratar de armonizarlas.[17]

En derecho, el método escolástico se orientó a analizar y sintetizar la masa de doctrinas, muchas de ellas en conflicto entre sí, descubiertas en la ley de Justiniano así como en autoridades seculares. Como en el caso de la teología, el conjunto del texto escrito, el *Corpus Iuris Civilis*, como la Biblia y los escritos de los Padres de la Iglesia, fue reconocido como sagrado, como encarnación de la razón. Pero el interés en reconciliar las contradicciones dio al jurista occidental del siglo XII, al tratar con conceptos y reglas jurídicas, mayor libertad y flexibilidad, que las de sus predecesores romanos. Como ellos, desde luego estaba interesado, según dice el profesor Dawson, en "el congruente y ordenado trato debido a casos particulares". Pero también se interesaba (como no aquéllos), en encontrar "justificaciones elaboradamente razonadas" y una "síntesis teórica". Y, al buscar justificaciones y síntesis, a menudo sacrificaba el estricto tipo de congruencia que los romanos habían elogiado.

La relación del escolasticismo con la filosofía griega y el derecho romano

El método de los juristas europeos del siglo XII fue una transformación de los métodos de razonamiento dialéctico característicos de la filosofía griega antigua y del derecho romano clásico y posclásico. En griego, "dialéctica" significa "conversación" o "diálogo". Los filósofos de la Antigüedad griega se referían al "arte de la conversación" *(tekhne dialektike)* como método de razonar; de hecho, Platón lo consideró como el único método seguro de llegar al conocimiento de la verdad, al que llamó "ciencia" *(epistémé, scientia)*. Los diálogos socráticos registrados por Platón incluían tres técnicas "dialécticas" básicas: *1)* la refutación de la tesis del adversario, sacando de ella, por medio de una serie de preguntas y respuestas, consecuencias que la contradijeran, o que de otra manera fuesen inaceptables; *2)* la derivación de una generalización —nuevamente, por preguntas y respuestas— de una serie de proposiciones ciertas, acerca de casos particulares, y *3)* la definición de conceptos por las técnicas de distinción, es decir, el análisis repetido de un género en su especie, y la especie en sus subespecies, y la síntesis, es decir, la repetida colección de especies en su género, y los géneros en géneros más grandes. Mediante ese razonamiento, Platón trató de llegar a un conocimiento seguro de la naturaleza de la Bondad, la Justicia, la Verdad, el Amor y otras "Formas" existentes, según él, en el universo, independientes de la humanidad.

Aristóteles refinó mucho los conceptos platónicos del razonamiento dialéctico. Distinguió, en primer lugar, entre razonar a partir de premisas de las que se sabe que son necesariamente ciertas (como "todos los hombres son mortales" o "el fuego quema"), y razonar a partir de premisas generalmente aceptadas o propuestas por expertos pero que son discutibles (como "el hombre es un animal político" o "la filosofía es deseable como rama de estudio"). Sólo el segundo tipo de razonamiento es dialéctico, según Aristóteles, y puesto que sus premisas son discutibles, no es capaz de llegar a la certidumbre, sino sólo a probabilidades. En cambio, el primer tipo de razonamiento, llamado "apodíctico", es el único capaz de demostrar verdades necesarias, ya que sólo de premisas indiscutibles pueden sacarse conclusiones indiscutibles.

Aristóteles también refinó y desarrolló el concepto platónico de ciencia. Fue el primero en emplear el término en plural para referirse a "toda una serie de 'ciencias' separadas y distintas, todas las cuales poseen ciertos métodos y distinciones en común, pero cada una de las cuales tiene sus propios y distintivos *archai* o 'principios' [literalmente, "comienzos"] y su propia materia determinada".[18] Cada una también tiene su propio método de investigación, "que brota de la propia materia",[19] aunque todas comparten el método de observación y de hipótesis. Aristóteles dividió la "ciencia" platónica

nica en física, biología, geometría, ética, política, metafísica y otros tipos. En cambio, la medicina siguió siendo para Aristóteles un "arte" *(tekhne)*, ya que aplicaba verdades científicas pero no conducía, a su vez, a la demostración de tales verdades. El derecho no fue tratado ni siquiera como arte por Aristóteles, sino quedó disuelto en ética, política y retórica.

Tanto en el razonamiento apodíctico como en el dialéctico, dijo Aristóteles, puede ser aplicable la lógica inductiva o la deductiva. (También en esto difirió de Platón, para quien la verdad sólo era alcanzable a partir de una lógica deductiva, es decir, razonando de lo general a lo particular y no de lo particular a lo general.) No obstante, en opinión de Aristóteles, en el razonamiento dialéctico había de preferirse la lógica inductiva, pues es más clara y convincente para la mayoría, mientras que en el razonamiento apodíctico la lógica deductiva es apropiada para ciertos tipos de ciencia (como las matemáticas) pero no para otros (como la biología). La lógica inductiva pasa de la experiencia a la certidumbre, o bien a la probabilidad, encontrando el elemento común en los casos particulares que se han observado. Por ejemplo, si vemos que el piloto hábil es el mejor piloto, y que el auriga diestro es el mejor auriga, podemos concluir como principio general que el hombre diestro es el mejor en cualquier actividad particular.[20] Pero esta observación general sólo se vuelve "científica", en sentido aristotélico, cuando se reconoce el principio subyacente, es decir, aquel que es la causa, de modo que pueden aparecer necesariamente ciertas las premisas del argumento.

En cambio, el rasgo distintivo del razonamiento dialéctico no es que se apegue a la lógica inductiva, pues —como lo mostró Aristóteles— el razonamiento apodíctico también se inclina hacia el método inductivo en muchos campos. El razonamiento dialéctico se distingue ante todo por no partir de "proposiciones", es decir, de planteamientos declarativos que deben ser verdaderos o falsos y de los que pueden sacarse conclusiones "científicas", sino, antes bien, de "problemas" o "cuestiones" acerca de los cuales muchos pueden diferir aunque, a la postre, la cuestión en disputa será resuelta concluyentemente por una proposición o primer principio en favor de un lado o del otro si se están empleando métodos válidos de razonamiento dialéctico.[21]

La distinción aristotélica entre razonamiento apodíctico y dialéctico fue aceptada por los estoicos del siglo III a. c. y posteriores. Pero los estoicos no consideraron el razonamiento dialéctico como método para llegar a primeros principios, sino para analizar argumentos y definir conceptos por distinción y síntesis de género y especie. Y no tuvieron la preocupación general de Aristóteles por hacer una exposición sistemática; para ellos, la dialéctica pasó a ser una disciplina independiente, no esencialmente distinta de la lógica pero con poderosos elementos de retórica y gramática.

En su forma estoica, con los escritos de Platón y de Aristóteles como trasfondo, la dialéctica griega fue llevada a Roma durante el periodo republicano (siglos II y I a. c.). Ahí fue adoptada por las clases educadas, incluso por los juristas, quienes la aplicaron por primera vez a las instituciones jurídicas prevalecientes. Los griegos nunca habían intentado hacer semejante aplicación. Las razones de ello son complejas. Las ciudades griegas no conocieron el ascenso de una prestigiada clase de juristas a quienes se hubiese confiado el desarrollo del derecho. La adjudicación se hacía por medio de grandes asambleas populares, y quienes discutían en las asambleas practicaban un modo de declamación que dependía menos del argumento jurídico que de llamados a la moral y a consideraciones políticas. Además, los filósofos griegos no reconocieron las reglas jurídicas como puntos de partida para el razonamiento. Profesaban su lealtad a una verdad filosófica superior, que sólo era alcanzable por medio de la observación y la razón.[22] Según ellos, las reglas y decisiones jurídicas no eran *autoridades* que debieran aceptarse, o con las que al menos debiera contarse, como encarnaciones del sentido de justicia de la comunidad; en cambio, eran simples *datos* que podían usar o no al edificar sus propias teorías filosóficas. De este modo, los filósofos griegos debatían, gustosos, cuestiones concernientes a la naturaleza de la justicia y sobre si un gobernante debía regir por el derecho o por su propia voluntad, pero no les parecía importante discutir, por ejemplo, sobre si la ley debía ayudar a un propietario de bienes, contra alguien que los había comprado de buena fe a otro que, con dolo, había persuadido al propietario de deshacerse de ellos. Y las veces que consideraron tales cuestiones de derecho civil, en general las trataron como asuntos de ética personal. A la inversa, las cuestiones de derecho constitucional fueron tratadas, generalmente, como cosas de política.

De hecho, el pensamiento platónico atribuyó una realidad trascendente a la idea de justicia que no deseaba confiar su ejecución a los abogados. Sólo el buscador de sabiduría, el *philosophos*, era capaz de gobernar, y aun él sólo cuando había alcanzado el objeto de su búsqueda, y era ya un conocedor. En palabras de Carl J. Friedrich, "La trascendencia misma de la justicia impide [para Platón] su realización en un orden constitucional". Añade que, como resultado, el derecho constitucional en el sentido occidental del término "fue desconocido en Atenas".[23]

En Roma, por lo contrario, muy pronto surgió una prestigiada clase de juristas. Desde el siglo V a. c., los sacerdotes (pontífices) llevaban los registros de varios remedios jurídicos ("acciones") disponibles para diversos casos. Más adelante surgió la práctica de elegir cada año a pretores que, en un edicto anual, declaraban reglas generales de derecho aplicables a las disputas privadas, y que registraban las quejas por violaciones a los derechos establecidos en el edicto. El pretor transmitía esa queja a un juez laico nombrado por el pretor *ad hoc*, con instrucciones de celebrar una audiencia y, a la presentación de los hechos alegados en la queja, poner un remedio. Además de los pretores y los jueces existía un tercer grupo de

laicos que participaban en los procedimientos legales: los abogados, quienes alegaban ante los jueces. Por último, y a la postre los más importantes, estaban los juristas (también llamados jurisconsultos). Éstos eran los únicos profesionales. Su principal tarea era dar consejo legal a pretores, jueces, abogados, litigantes y clientes deseosos de intervenir en una transacción legal.[24]

Los juristas romanos tenían un enfoque intensamente práctico del derecho. Su adopción del razonamiento dialéctico griego en los siglos II y I a. C., aunque fue el primer avance de la escolástica en el derecho romano, no resultó ese "matrimonio" del derecho romano y la filosofía griega que ocurrió más de mil años después en las universidades de Europa occidental. Los juristas romanos se negaron a adoptar el sistema helenístico de educación; la preparación jurídica siguió consistiendo principalmente en un aprendizaje muy informal e individual en casa de un practicante de mayor edad.

> Los jurisconsultos [romanos] no discutían con sus pupilos sobre concepciones básicas como la justicia, el derecho o la ciencia jurídica, aunque a los griegos éstos les parecieran problemas de la más alta importancia, mejor dicho, los únicos de importancia. El estudiante entraba de lleno en la práctica, donde se enfrentaba a la continua pregunta: ¿Qué debe hacerse, sobre los hechos dados?[25]

Sin embargo, fue en este periodo —antes del gran florecimiento del derecho romano llamado clásico, en los siglos I a III d. C.— cuando los juristas intentaron por primera vez clasificar sistemáticamente el derecho romano en diversas índoles (géneros y especies) y definir con precisión las reglas generales aplicables a casos específicos.

Tal vez el ejemplo más antiguo de la aplicación sistemática del razonamiento dialéctico al derecho fuese el tratado sobre *ius civile* del jurista romano Quinto Mucio Escévola, muerto en 82 a. C.[26] En esta obra, de la cual se ha dicho que "echó las bases no sólo de la jurisprudencia romana, sino de la europea",[27] el derecho civil fue clasificado en cuatro principales divisiones: el derecho de herencia, el de personas, el de las cosas y el de las obligaciones. Cada uno de ellos era subdividido: el de herencia, en testamentos y sucesiones intestadas; el de personas, en matrimonio, tutela, estado libre, poder paterno y algunas otras divisiones; el de cosas, en posesión y no posesión; el de obligaciones, en contratos y delitos. Éstos quedaban, a su vez, subdivididos; por ejemplo, los contratos se subdividían en contratos inmobiliarios, compra y venta, alquileres y sociedad, en tanto que los delitos se subdividían en ataque, robo y daño a la propiedad.[28] Según los diversos géneros y especies, cada uno de los cuales se caracterizaba por su principio gobernante, se reproducían materiales jurídicos: ante todo, las decisiones de pretores en casos particulares, pero también aplicaciones legislativas, autoridades de viejas colecciones de documentos

y también autoridades de la tradición oral. La principal tarea que se fijaba el autor era presentar "definiciones", como él las llamaba,[29] es decir, declaraciones precisas sobre las reglas jurídicas implícitas en las decisiones de casos anteriores.

En la obra de Q. Mucio Escévola y de sus colegas, juristas de los siglos II y I a. C., no sólo el sistema de clasificación, sino también el método para llegar a la formulación de reglas específicas, era dialéctico en el sentido griego más lato. Se planteaban preguntas, se recababan respuestas de juristas y se ofrecían las soluciones del propio autor. Por ejemplo, un jurista anterior había resumido diversas decisiones concernientes al alcance de la ley del robo, diciendo que quien pedía prestado un caballo era culpable de robo si lo llevaba a un lugar distinto del acordado al recibirlo, o si lo llevaba más lejos del lugar acordado. Q. Mucio Escévola revisó las mismas decisiones, y otras, y llegó a una formulación más general y al mismo tiempo más precisa: todo el que recibe una cosa en custodia y la utiliza, o la recibe para usarla y la emplea con otro propósito de aquel para el cual la recibió, es culpable de robo.[30] Esta definición incluye no sólo préstamos, sino también depósitos, y sustituye "caballo" por "cosa".

Como escribe el profesor Stein, "Siguiendo las técnicas aristotélicas [Q. Mucio] consideró que su tarea consistía en explicar lo que realmente ocurría en los procedimientos legales".[31] Trató de cumplir con esta tarea mediante la subdivisión de géneros y especies, hasta que llegó a decisiones específicas, las clasificó y luego pudo explicarlas descubriendo "una fórmula de palabras que incluía todas las categorías pertinentes y excluía todas las demás".[32] Su objetivo, y el de los otros juristas que lo siguieron, fue declarar la ley prexistente y definir sus límites precisos.[33] Sin embargo, el alcance de la generalización iba en proporción inversa a su refinamiento. No debemos buscar en los juristas romanos del periodo republicano una discusión de los conceptos legales; "en realidad, en su bagaje mental no se encontraba la noción de un concepto".[34]

Después, en los periodos clásico y posclásico (siglos I a V d. C.), los juristas romanos refinaron y desarrollaron las técnicas dialécticas que habían sido aplicadas por sus predecesores republicanos, pero sin modificarlas en lo fundamental. Surgió una tendencia hacia una mayor abstracción. En la primera mitad del siglo II empezaron a hablar expresamente de "reglas" *(regulae)* y no sólo de "definiciones". La diferencia entre los dos términos es sutil. Las definiciones parecen haber estado más directamente relacionadas con los propios casos que ellas generalizaban. Las reglas, aunque derivadas de los casos, se podían considerar por separado. A veces, se las coleccionaba en "libros de reglas", que fueron especialmente útiles a los incontables pequeños funcionarios del Imperio romano. También en este periodo se fundaron unas cuantas escuelas de derecho, y aunque su orientación siguió siendo intensamente práctica, contribuyeron sin duda a la tendencia a buscar unas reglas más generales. Por ejemplo, los conceptos

aristotélicos de la "naturaleza" de una cosa se aplicaron para resumir reglas concernientes a lo que podía omitirse de los términos expresos de acuerdos de compra y venta: decíase que los términos que "pertenecen naturalmente" al caso no necesitaban un acuerdo explícito.[35] Sin embargo, sólo un tipo de término se consideró que "pertenecía naturalmente" a todos los tipos de compraventa: a saber, que el vendedor tenía título; otras varias garantías (como se las llamaría hoy) específicas, implícitas para tipos particulares de compraventa, eran enumeradas por separado: por ejemplo, que un animal está sano, o que un esclavo no tiene el hábito de tratar de escapar. A veces se logró crear reglas comunes para diferentes tipos de transacciones: por ejemplo, contratos diversos como de ventas y alquileres. Sólo ocasionalmente llegarían los juristas romanos hasta postular principios generales que parecían abarcar todo el derecho. De este modo, Cayo, el célebre jurista y profesor de derecho de mediados del siglo II, estimó que los acuerdos concluidos "contra las reglas del derecho civil" eran nulos, implicando así —pero sólo implicando— lo que por primera vez fue definido en el siglo XII por los juristas escolásticos de Occidente: que el derecho forma todo un sistema, todo un "cuerpo".

Esta implicación también estuvo presente en algunas *regulae* muy generales que, apartadas de los casos para los que habían sido generalizadas por vez primera, tienen la forma de declaraciones epigramáticas sucintas de principios jurídicos fundamentales. En el *Digesto* de Justiniano, el conclusivo Título 50.17, "Con respecto a varias reglas del derecho antiguo", reúne 211 de esas reglas generales: por ejemplo, "Se considera que nadie defrauda a quienes saben y consienten", "En casos dudosos, deberán preferirse las interpretaciones más benévolas", "La buena fe vale tanto a un posesor como la verdad, siempre que la ley *(lex)* no ofrezca impedimento". Sin embargo, como lo ha mostrado Stein,[36] estas "máximas legales", como se las llegó a llamar en el siglo XII, tienen un significado enteramente distinto, cuando se toman como principios abstractos, del que tenían en el contexto de los tipos de casos en que originalmente se emitieron y que a menudo se reproducen en las primeras partes del *Digesto*. Así, la primera de las reglas citadas se refería originalmente al caso de alguien que adquiere algo de un deudor fraudulento con el consentimiento de los acreedores: los acreedores no podrán decir después que fueron defraudados. La segunda se refería originalmente a los legados; las "interpretaciones más benignas" son las más benignas para los legatarios. La tercera se refirió originalmente al poseedor, de buena fe, de esclavo de otro; si el esclavo fue robado a otro, la víctima tiene una acción jurídica contra el poseedor. En 530 d. c., Justiniano promulgó una Constitución que aclaraba las antiguas leyes sobre el tema. Esta Constitución es la *lex*, a la que se hace oblicua mención en la última frase de la *regula*.

Justiniano, con esta colección de 211 declaraciones escuetas de reglas abstractas del derecho antiguo, no se propuso engañar a nadie para que

creyera que estas reglas tenían un significado independiente de las situaciones concretas a las que originalmente se aplicaron. La primerísima *regula* pone esto en claro. Cita al jurista Pablo diciendo: "Una regla es algo que se relaciona brevemente con una materia... Por medio de una regla, se hace un breve relato de las cosas y... si es imprecisa en algún aspecto, pierde todo su efecto". En otras palabras, no se deben considerar las reglas fuera del contexto de los casos que resumen. Esto también lo muestra el hecho de que cada regla va precedida por una cita, con su contexto original. Más aún, con excepción de la primera, las reglas están dispuestas asistemáticamente, y algunas de ellas se contradicen.[37] Justiniano añadió las *regulae*, en parte al menos, como índice ornamental de su gran colección. También es probable que se pretendiera que fuesen útiles en la discusión, tal vez como presuposiciones que podían emplearse para eximir de la carga de la prueba. Por último, servían a un propósito didáctico, como ayudas para memorizar tan vasto texto. Ciertamente, ningún jurista romano las trató como principios abstractos. En realidad, todo el Título 50.17 del *Digesto* debió demostrar más allá de toda duda a los juristas romanos de la época de Justiniano la validez de la célebre regla de Javoleno, también contenida en el Título 50.17: "Todas las reglas *[definitiones]* del derecho civil son peligrosas, pues casi siempre pueden ser deformadas". (También esto, probablemente, tendía a una definición específica.)[38]

Los juristas romanos de los periodos clásico y posclásico consideraban una regla legal como una generalización de los elementos comunes de decisiones, en una clase de casos restringida y especificada. Sólo limitando así la esfera de las reglas legales podían tener esperanzas de alcanzar el objetivo de utilizar los métodos griegos de clasificación y generalización como base racional para decidir sus casos. Los griegos nunca habían intentado semejante racionalización de las decisiones y reglas jurídicas; para ellos, el razonamiento dialéctico era una técnica para derivar conclusiones —"proposiciones"— filosóficas válidas a partir de premisas aceptadas. Los romanos convirtieron la dialéctica griega: de ser un arte de descubrir, pasó a ser un arte de juzgar.

Es importante distinguir la casuística legal romana de la casuística legal de los juristas del occidente de Europa en los siglos XI y XII y después, así como del método de análisis de opiniones de los tribunales, de casos reales, empleado hasta hoy por los practicantes ingleses y norteamericanos del derecho común. Por una parte, los romanos no utilizaban casos para ilustrar principios ni para ponerlos a prueba, tomando perspectiva, por decirlo así, para ver sus aplicaciones. En cambio, reducían sus casos a simples razones necesarias para el juicio *(holdings)*, sin tratarlos en toda plenitud, sin un análisis de las ambigüedades o lagunas que hubiese en situaciones reales, ni otras formulaciones de las cuestiones jurídicas en cuestión.[39] Max Weber sin duda fue demasiado lejos cuando dijo que el uso dado a las reglas por los juristas clásicos romanos era una "asociación simplemente

paratáctica y visual de la analogía".[40] Sin embargo, el hecho de no articular las suposiciones y razones profundas en que se fundaban las analogías —en realidad, no definir siquiera los términos jurídicos más importantes—[41] produjo una estrechez, una insensibilidad en el análisis de caso. ¡Y esto era precisamente lo que deseaban los juristas romanos! Cuando Cicerón pidió una sistematización más compleja de las leyes, con definiciones claras y reglas legales abstractas, los juristas "respondieron a estas censuras con un silencio cortés".[42] No tenían ninguna razón para tratar de transformar el genio romano para la adjudicación congruente en un sistema filosófico. Tenían, en cambio, todas las razones para desconfiar de la aplicabilidad de las altas cumbres de la filosofía griega a las necesidades prácticas de la adjudicación.

Los juristas europeos occidentales de los siglos XI y XII llevaron la dialéctica griega a un nivel de abstracción muy superior. Intentaron sistematizar las reglas en un todo integrado, no sólo definir los elementos comunes a especies particulares de casos, sino también sintetizar las reglas en principios, y los principios mismos en todo un sistema, en un cuerpo de derecho o *corpus iuris*.

Una de las técnicas empleadas por los juristas escolásticos para alcanzar su objetivo fue tratar las *regulae* romanas, encontradas en el Título 50.17 del *Digesto* y otras partes como "máximas" legales, es decir, como principios independientes, de validez universal. El término "máxima" fue tomado de la terminología aristotélica; se refería a una "proposición máxima", es decir, "universal". El escritor romano Boecio (480-524 d. c.), en cuya traducción latina y comentarios aprendieron su Aristóteles los estudiosos desde el siglo VI hasta mediados del XII, escribió que el estagirita había postulado ciertas proposiciones evidentes, y que a partir de estas "máximas", es decir proposiciones... universales... se sacan las conclusiones de los silogismos".[43] Durante el siglo XII, el gran lógico Pedro Abelardo, en su *Dialectica*, describió la proposición máxima como aquella que resume el significado y la lógica comunes a las proposiciones particulares implícitas en ella. Por ejemplo, de las proposiciones "si el hombre es un animal", "si la rosa es una flor", "si el rojo es un color" y otras similares, en que una especie es antecedente a un género, "puede inducirse la proposición máxima de que lo que se dice de una especie puede decirse de un género". "La máxima", escribió Abelardo, "contiene y expresa el sentido de todas esas consecuencias y demuestra el modo de inferencia común a los antecedentes".[44] De igual manera, los juristas de Bolonia contemporáneos de Abelardo indujeron principios universales a partir de las implicaciones de ejemplos particulares. Esto era precisamente lo opuesto del antiguo concepto romano de una regla como simplemente "un breve relato de las acciones"; en cambio, se supuso que toda el derecho, el *ius* entero, podía inducirse por síntesis a partir de características comunes de tipos específicos de casos. Una lógica similar fue aplicada siglos después por abogados

ingleses y norteamericanos para derivar reglas generales a partir de decisiones judiciales en particular. Los lógicos contemporáneos la llaman "generalización existencial".[45] Se basa en el principio general de inferencia de que si un objeto individual *a* de una colección *M* tiene la propiedad *F*, entonces puede decirse de la colección *M* que algunos o al menos uno de los objetos que lleva en sí tiene o tienen la propiedad *F*. Los juristas escolásticos del siglo XII llegaron más lejos que los abogados angloamericanos comunes en su creencia de que toda decisión o regla legal es una especie del género ley. Esto les permitió utilizar cada parte de la ley para formar el todo, y al mismo tiempo usar el todo para interpretar cada una de sus partes.

Fueron esta creencia y este método los que caracterizaron el enfoque con el cual los juristas escolásticos analizaron y sintetizaron los redescubiertos textos de Justiniano. Aquí, la dialéctica aristotélica —desde antes de la traducción de las principales obras de Aristoteles sobre lógica— fue elevada a derecho, a un nivel de síntesis muy superior al de los juristas romanos cuyos escritos se estaban estudiando.[46]

Y, sin embargo, había otro aspecto. Aristóteles había negado el carácter apodíctico del razonamiento dialéctico. No podía alcanzar la certidumbre porque sus premisas eran inciertas. Por lo contrario, los juristas de la Europa occidental del siglo XII aplicaron la dialéctica aristotélica con el fin de demostrar lo que es verdadero y lo que es justo. Pusieron de cabeza a Aristóteles, combinando el razonamiento dialéctico y el apodíctico, y aplicando ambos al análisis y la síntesis de las normas jurídicas. En contraste con los juristas romanos y los filósofos griegos, supusieron que por medio de la razón podían probar la verdad y la justicia universales de los textos jurídicos que eran autoridad. Según ellos, los edictos y *responsa* del derecho romano, en particular y en conjunto, constituían lo que ciertamente no habían constituido en la mente de los propios juristas romanos: un derecho natural escrito, una *ratio scripta* que, junto con la Biblia, los escritos patrísticos y los cánones de la Iglesia, debía considerarse sagrado. Puesto que las normas jurídicas romanas eran verdaderas y justas, se podía razonar apodícticamente a partir de ellas, para descubrir nuevas verdad y justicia. Mas, por contener lagunas, ambigüedades y contradicciones, también había que razonar a partir de ellas dialécticamente; es decir, había que plantear problemas, hacer clasificaciones y definiciones, declarar opiniones opuestas y sintetizar conflictos.

Ésta fue la primera aplicación sistemática del célebre lema de San Anselmo, *Credo ut intelligam* ("Creo para poder comprender"). Quedó resuelta así la propia oposición de Aristóteles entre razonamiento dialéctico y razonamiento apodíctico. El método dialéctico se convirtió en el método científico en derecho, así como, con el tiempo, llegaría a ser el método científico en otras ramas del saber, incluso en las ciencias naturales.

Los juristas escolásticos diferían de los filósofos griegos, no sólo en su

creencia de que por medio del razonamiento podían derivarse principios jurídicos universales de los textos que eran autoridad, sino también en su creencia sobre la naturaleza de tales principios universales. Platón había postulado que existen universales en la naturaleza: que la idea de justicia o de belleza, la idea de un triángulo, la idea de color, la idea de una rosa y otras ideas generales en la mente del hombre son reflejos imperfectos de "paradigmas" o de "formas" que existen en la realidad externa. Esta visión "realista" de ideas universales, como después se le llamó en Occidente (hoy se le llamaría "idealista"), no fue enteramente compartida por Aristóteles, aunque la mayoría de las diferencias entre Aristóteles y Platón quedaron ocultas en las únicas versiones de las obras del estagirita, conocidas en Occidente hasta finales del siglo XII, a saber, las traducciones y los comentarios de Boecio.[47] De este modo, los filósofos cristianos occidentales habían considerado realistas a Platón y Aristóteles. Aunque algunos de estos filósofos habían planteado ciertas preguntas respecto a la "realidad" de los universales, el primer ataque enconado y sistemático contra la posición realista fue lanzado en los siglos XI y XII, sobre todo por Abelardo. Éste negó la realidad externa de las características comunes que definen una clase de sustancias individuales. Sostuvo que sólo las sustancias individuales existen fuera de la mente, y que los universales son nombres *(nomina)* inventados por la mente para expresar las semejanzas o relaciones que hay entre cosas individuales pertenecientes a una clase. Algunos "nominalistas" negaron que los universales tuviesen algún sentido; Abelardo, en cambio, afirmó que los nombres sí tienen significado, ya que caracterizan a los individuos de la clase, pero que no "existen", salvo atribuidos a individuos. Así, "bondad", "sociedad", "color" y "rosa" no se encuentran en el mundo físico ni en algún mundo ideal de formas, sino que son cualidades generales que el intelecto humano atribuye a buenos actos o a ciertas personas que viven en relaciones sociales con otras, o a pigmentos particulares, o a rosas individuales.

El nominalismo desempeñó un papel indispensable en el esfuerzo por sistematizar el derecho, pues el realismo en el sentido platónico, por muy convincente que pueda ser como metafísica, era totalmente ajeno al esfuerzo de los juristas del siglo XII por clasificar, dividir, distinguir, interpretar, generalizar, sintetizar y armonizar la gran masa de decisiones, costumbres, cánones, decretos, escritos, leyes y otros materiales que constituían el orden jurídico de su época. Haber postulado, a la manera platónica, la realidad externa de la justicia, la igualdad, la congruencia, la regularidad procesal y otros principios universales, y haber tratado de deducir de ellos ciertas reglas e instituciones jurídicas específicas, habría sido un vano ejercicio académico. Semejante sistema abstracto no habría sido útil a las nacientes entidades, eclesiásticas o seculares.

Lo que se necesitaba era el genio griego para la clasificación y la generalización, pero sin la creencia en que clasificaciones y generalizaciones

reflejan las realidades del mundo exterior; en suma, sin el naturalismo platónico. En derecho, semejante naturalismo no podía llegar mucho más allá de las casuísticas *regulae* de los juristas romanos. Por su parte, los nominalistas, aunque compartían con los realistas una profunda preocupación por establecer principios generales y por probar la validez de los conceptos generales negaban que tales principios y conceptos existieran *como tales*. Los nominalistas creían que los universales son productos de la mente, la razón y la voluntad y, por tanto, que pueden ser revisados por la razón y la voluntad pero al mismo tiempo son inherentes a los particulares que caracterizan y, por ende, pueden ser puestos a prueba por estos particulares. El nominalismo extremo negaría que "el todo es más grande que la suma de sus partes", pero un nominalismo más moderado, como el de Abelardo, afirma que el todo está *en* las partes, manteniéndolas unidas, de modo que las partes, tomadas aisladamente entre sí (y no como partes) no son tan grandes como las partes tomadas en su relación entre sí. Por ello, las partes no se derivan, estrictamente hablando, del todo (deducción), ni tampoco el todo, estrictamente hablando, se deriva de las partes (inducción), sino que, antes bien, el todo *es* las partes interactuando mutuamente. Por tanto, un nominalismo como el de Abelardo era favorable a la sistematización y sintetización del derecho, pues en el derecho no puede haber tal separación del todo y las partes, de lo general y lo particular, de la forma y la sustancia, de los fines y los medios, como es inherente a las filosofías realistas.

Las paradojas implícitas en la combinación de universales y particulares estuvieron directamente relacionadas con las paradojas implícitas en la combinación del razonamiento apodíctico con el dialéctico. A su vez, ambas estaban directamente relacionadas con las paradojas implícitas en la síntesis escolástica de fe y razón. La dialéctica escolástica era más que un método de razonamiento y más que un modo de organizar el pensamiento. Sus normas eran tan morales como intelectuales; era un modo de poner a prueba la justicia y no sólo la verdad. Por ello, las antítesis escolásticas no sólo incluían lo general contra lo particular, el objeto contra el sujeto, el argumento contra la réplica, sino también la ley estricta contra la dispensa en casos excepcionales, el precepto contra el consejo, la regla absoluta contra la relativa, la justicia contra la piedad, el derecho divino contra el humano. Éstas y similares "oposiciones" se utilizaron como medio de reconciliación lógica de textos contradictorios, pero también para dar forma a las instituciones legales, tanto de la Iglesia como de la sociedad secular de tal modo que se manifestaran sus valores alternativos, pues el propio Dios fue concebido como un Dios de justicia y a la vez de piedad, de ley escrita y a la vez de equidad. Por vez primera, las paradojas de la justicia divina fueron aplicadas sistemáticamente a las leyes humanas. Y por ello el escolasticismo no sólo fue un método, sino también una jurisprudencia y una teología.

La aplicación de la dialéctica escolástica a la ciencia del derecho

Tal vez el caso más notable del papel de la dialéctica escolástica en la formación de la ciencia jurídica occidental sea el gran tratado del monje boloñés Graciano, escrito hacia 1140 y titulado, característicamente, *Concordancia de cánones discordantes*.[48] Esta obra, que en una edición moderna ocupa más de 1 400 páginas de letra impresa,[49] fue el primer tratado jurídico completo y sistemático en la historia de Occidente y tal vez de la humanidad, si por "completo" se entiende que abarca virtualmente todo el derecho de una entidad determinada, y si por "sistemático" se quiere significar el esfuerzo expreso por presentar esa ley como un solo cuerpo en que se considera que todas las partes interactúan para formar un todo.

Antes del siglo anterior (el XI) no se había hecho ningún esfuerzo por reunir todas las leyes de la Iglesia en un solo libro o varios libros, y en las colecciones parciales que existían, las leyes (típicamente llamadas *canones*, "reglas") estaban dispuestas por orden cronológico. Sin embargo, cerca del año 1012, Burcardo, obispo de Worms, formó una numerosísima colección llamada *Decretum* —ocupa cerca de 500 páginas en edición impresa—, dispuesta no cronológicamente, sino de acuerdo con sus diversas categorías, incluyendo el episcopado, las personas ordenadas, iglesias, el bautismo, la Eucaristía, homicidios, incestos, monjes y monjas, brujas, excomunión, perjurio, ayuno, embriaguez, laicos, acusadores y testigos, fornicación, visita a los enfermos, penitencia y contemplación (en ese orden).[50] Burcardo no distinguió el derecho de la teología, ni trató de presentar una o varias teorías explícitas del derecho. Enumeró, sin comentarios, textos de las Escrituras, cánones de concilios ecuménicos y locales, decretos de papas, reglas contenidas en varios penitenciales y otras fuentes. Luego, en el año 1095, Ivo, obispo de Chartres, formó otra de tales colecciones, también llamada *Decretum*, y pocos años después hizo otra más, llamada *Pannormia*. Estas últimas incluían más comentarios de los que se hubiesen incluido nunca, y su esfera era más vasta, abarcando un gran número de reglas sobre el robo, ciertos tipos de transacciones voluntarias, posesión, adjudicación y otras muy diversas cuestiones.[51] En el Prólogo a su *Decretum*, Ivo afirmó que estaba intentando unir las reglas eclesiásticas "en un solo cuerpo". Fue uno de los primeros en plantear casos conflictivos de las autoridades y en sugerir algunas normas con las cuales reconciliarlos. Dijo que las admoniciones debían ceder ante las declaraciones de derecho, y que las indulgencias no debían tener la fuerza de reglas generales. Asimismo, debía considerarse si un canon particular era revocable o irrevocable, y si se había intentado que se concedieran dispensas de ese canon en ciertas circunstancias.

Graciano edificó sobre la obra de Ivo.[52] También él tuvo ante sus ojos la obra de los glosadores del derecho romano, ante todo de su conciudadano

Irnerio. Al llegar la época de Graciano, ya Irnerio y sus seguidores de la escuela de derecho de Bolonia llevaban varios decenios haciendo índices y glosas de los textos romanos y formulando principios generales para explicarlos. Sin embargo, Graciano siguió un método de sistematización diferente del de todos sus predecesores. En contraste con los romanistas, no tenía un texto predeterminado, sino que tuvo que buscar por sí mismo entre muchas fuentes escritas los cánones que deseaba sistematizar. Recabó y analizó cerca de 3 800 textos canónicos, incluyendo muchos de periodos anteriores de la historia eclesiástica; pero no los agrupó según las categorías convencionales de colecciones canónicas previas (ordenación, matrimonio, penitencia, etc.) o del derecho romano (personas, cosas, obligaciones, sucesión, delitos, etcétera).

Por una parte, sus categorías eran más generales: la primera parte de su obra fue dispuesta en 101 divisiones *(distinctiones)*, las primeras 20 de las cuales analizaban y sintetizaban declaraciones autorizadas con respecto a la naturaleza del derecho, sus diversas fuentes y la relación entre las diferentes clases de derecho, mientras que las otras 81 trataban de la jurisdicción de varios cargos dentro de la Iglesia y otras reglas concernientes al personal eclesiástico. En cambio, las categorías de Graciano eran más funcionales que las empleadas anteriormente en la literatura jurídica. En la segunda parte de su obra detalló 36 casos *(causae)* específicos complejos, dentro de cada uno de los cuales planteó difíciles problemas *(quaestiones)*. Luego los analizó presentando los pros y contras de autoridades patrísticas, conciliares y papales, reconciliando las contradicciones cuando era posible, o bien dejándolas sin resolver, ofreciendo generalizaciones, y a veces armonizando éstas.[53] La tercera parte volvía a la forma de las distinciones; y Graciano insertó otra sección más, presentada en la segunda parte en forma de distinciones. Estas variaciones afectaron la simetría de la obra, pero no su integridad básica como replanteamiento del derecho.

El mejor ejemplo de su método más general de análisis y síntesis se encuentra en las 20 primeras distinciones, en que se identifican varios tipos de derecho (derecho divino, natural, humano, de la Iglesia, de los príncipes, aplicado y consuetudinario) y se definen las relaciones que hay entre ellos. Desde luego, Graciano no inventó estas categorías: los juristas romanos habían adaptado, para su propio uso, las distinciones aristotélicas entre derecho natural y positivo, derecho universal y nacional, derecho consuetudinario y aplicado; y las distinciones entre el derecho divino y el humano siempre habían existido dentro de la Iglesia. Pero Graciano sí fue el primero en explorar sistemáticamente las implicaciones jurídicas de estas distinciones y en poner las diversas fuentes del derecho por orden jerárquico. Empezó interponiendo el concepto de derecho natural entre los conceptos de derecho divino y humano. El derecho divino es la voluntad de Dios reflejada en la revelación, especialmente en la revelación de las Sagradas Escrituras. También el derecho natural refleja la voluntad de Dios.

Sin embargo, se le encuentra en la revelación divina, tanto como en la razón y la conciencia humanas. De aquí pudo concluir Graciano que "las leyes *[leges]* de los príncipes [es decir, de las autoridades seculares] no deben prevalecer sobre el derecho natural *[ius naturale]*".[54] Asimismo, las "leyes" eclesiásticas no deben contravenir el "derecho" natural.[55] El *"Ius"*, escribió, "es el género, la *lex* es una especie de éste".[56]

Graciano también concluyó que, como fundamento del derecho natural, "los príncipes están obligados y deben vivir de acuerdo con sus leyes".[57] Este principio había sido ya declarado por Ivo y Burcardo. En su forma estricta —que los reyes están "obligados" por sus leyes— no era, empero, parte del antiguo derecho romano y germánico. En los textos antiguos había pasajes en el sentido de que un buen príncipe o emperador debía, por cuestión moral, observar sus propias leyes, pero en general se declaraba que, como cuestión de derecho estaba absuelto de ellas.[58] Según la nueva teoría, por lo contrario, aunque el legislador pudiese cambiar las antiguas leyes de manera legítima, legalmente no podía pasarlas por alto a su capricho.

Además, las leyes *(leges)* y las aplicaciones *(constitutiones)* de los príncipes debían, según Graciano, quedar subordinadas a las *leges* y constituciones eclesiásticas.[59] Además, las costumbres *(consuetudines)*, escribió, debían ceder no sólo ante el derecho natural, sino también ante las leyes aplicadas, fuesen seculares o eclesiásticas.[60]

La teoría de que las costumbres debían ceder ante el derecho natural fue una de las creaciones más grandes de los canonistas. En vida de Graciano, la mayor parte del derecho en Occidente era consuetudinario; es decir, la mayor parte de las normas legales no eran obligatorias porque hubiesen sido promulgadas por autoridades políticas, fuesen eclesiásticas o seculares, sino porque eran prácticas aceptadas como obligatorias por las comunidades en que prevalecían. Las leyes aplicadas eran relativamente raras. Asimismo, la mayoría de las leyes aplicadas aún se justificaban como replanteamiento de una costumbre preexistente. La teoría de Graciano y de sus compañeros canonistas echó una base para desarraigar aquellas costumbres que no armonizaban con la razón y la conciencia. Se crearon normas elaboradas para determinar la validez de una costumbre: su duración, su universalidad, su uniformidad de aplicación, su razonabilidad: pruebas aún aplicadas en el siglo XX. Esto significa que la costumbre perdió su carácter sagrado; una costumbre podía ser obligatoria o no serlo.

De este modo, los abogados canonistas "separaron", en palabras de Gabriel Le Bras,

> de los principios de validez eterna, los elementos variables de la ley, que habían sido sugeridos por circunstancias particulares, fuesen de tiempo, lugar o personas, y cuya aplicación podía hacer irrazonables otras condiciones. Esto equivalió a reconocer la relatividad de las reglas y aportó un método técnico de armonizar contradicciones.[61]

Dos reglas contradictorias también podían ser ciertas si, según las palabras del Prólogo de Graciano a la *Concordancia de cánones discordantes*, se relacionaban con una ley que era "variable" y si la contradicción se debía a una dispensa en un caso especial.

El énfasis de Graciano en el derecho natural y en la razón se derivó en parte de la filosofía griega, especialmente de la estoica. Además, el recién redescubierto derecho romano de Justiniano incluía muchas referencias y observaciones acerca del derecho natural y la equidad, pero no había desarrollado esos conceptos para formar algún tipo de sistema. Las fuentes de derecho estaban clasificadas pero no organizadas en una jerarquía o pauta. Los juristas romanos no eran filósofos, y los filósofos griegos no eran juristas; pero en el siglo XII los canonistas y romanistas de Europa occidental combinaron la capacidad griega para la filosofía, con la capacidad romana para el derecho. Además, profundizaron los antiguos conceptos de razón y equidad añadiéndoles el concepto judaico y cristiano de conciencia, que relacionaron con la piedad y el amor.

Además, específicamente identificaron la división entre derecho positivo y derecho natural, como división entre *lex*, es decir, una ley aplicada, y *ius* o el sistema de justicia, de derecho. No sólo los príncipes y otras autoridades seculares, sino también eclesiásticas —papas, concilios locales, obispos— aplicaban *leges* y *constitutiones* individuales. Pero el cuerpo de *ius*, ya fuese el cuerpo de derecho romano *(corpus iuris Romani)*, como llegó a llamarse, o el nuevo cuerpo de derecho canónico *(corpus iuris canonici)*, como se le llegó a llamar un siglo después, era sagrado; y la validez de una ley aplicada dependía de que se atuviera al cuerpo del derecho humano en total, y a su vez había de conformarse al derecho natural y al divino.

La subordinación del derecho positivo al natural fue reforzada por el dualismo del derecho secular y eclesiástico, así como por la coexistencia de autoridades seculares en conflicto. La Iglesia afirmaba que eran inválidas y nulas las leyes seculares que contradijeran la ley de la Iglesia. Los príncipes no siempre aceptaron esto. Sin embargo, ellos mismos hicieron reclamaciones similares con respecto a las leyes de autoridades seculares en competencia (como señores feudales o cabildos) y, ocasionalmente, con respecto a leyes y autoridades eclesiásticas en competencia. Dados los diversos sistemas legales, las víctimas de leyes injustas podían correr de una jurisdicción a otra buscando alivio en nombre de la razón y la conciencia.

Las leyes de la propia Iglesia debían ser puestas a prueba viendo si se conformaban al derecho natural. Escribió Graciano: "Los decretos, eclesiásticos o seculares, si se demuestra que son contrarios al derecho natural, deben ser totalmente excluidos".[62] Sin embargo, sólo rara vez se encontró alguien en posición autorizada para decir que un decreto eclesiástico era contrario al derecho natural, pues el papa no sólo era el legislador supremo de la Iglesia, sino también el vicario y representante de

Cristo en la tierra. Al menos en los siglos XII y XIII, la mayoría de quienes servían como funcionarios y jueces y consejeros de reyes y de emperadores, eran clérigos que debían al menos la mitad de su lealtad al papa. No obstante, hubo autoridades seculares que a veces desafiaron decretos eclesiásticos, alegando que eran contrarios al derecho natural.

Vemos así que la teoría de la relatividad de las reglas se basó parcialmente en la política de sistemas legales en competencia. Pero también se basó, en parte, en la dialéctica escolástica, la cual ofreció un método para colocar las leyes consuetudinarias y las leyes decretadas dentro de un marco teórico más general de la naturaleza y las fuentes del derecho.

Un buen ejemplo del segundo principal método de sistematización de Graciano —el método utilizado en la segunda parte de su obra, específicamente el análisis y la síntesis de soluciones conflictivas a una "cuestión" jurídica en particular— es su discusión sobre la pregunta de si los sacerdotes deben leer, o no, literatura profana.[63] Después de plantear el problema Graciano cita las declaraciones de concilios eclesiásticos, Padres de la Iglesia y otros, así como ejemplos de las Sagradas Escrituras y la historia de la Iglesia, tendientes todas a mostrar que los sacerdotes no deben leer literatura profana, y luego cita similares declaraciones autorizadas y ejemplos en sentido contrario. Después de ofrecer cada declaración autorizada o ejemplo, Graciano introduce su propia interpretación. Empieza, así, con un pronunciamiento del Concilio de Cartago: "Un obispo no debe leer los libros de los paganos". En su glosa, observa que no se dice nada acerca de los libros de herejes, que pueden ser leídos "cuidadosamente, sea por necesidad o por alguna razón especial". Comenta después el término "necesidad", interpretándolo en el sentido de que los sacerdotes pueden leer los libros de herejes "para que sepan cómo hablar correctamente". Una glosa más importante que acompaña la declaración de la cuestión misma resume la interpretación de todas las autoridades en contra de leer literatura profana: "El solo placer parece estar prohibido". Y, para terminar, Graciano ofrece su conclusión, "resolviendo la contradicción" al afirmar que cualquiera (y no sólo los sacerdotes) debe aprender el conocimiento profano, no por placer sino por instrucción, para que, a lo que se encuentre allí, pueda darse uso en un conocimiento sacro. De este modo, Graciano utiliza principios y conceptos generales para sintetizar doctrinas opuestas, no sólo para determinar cuál de las dos es errónea, sino también para sacar del conflicto una nueva y tercera doctrina.[64]

Podrían ofrecerse muchos otros ejemplos para mostrar cómo el método escolástico fue aplicado a problemas jurídicos particulares para reconciliar contradicciones entre textos que eran autoridad y para sacar de ellos nuevas doctrinas. El caso siguiente, tomado no sólo de Graciano, sino también de otros canonistas y de romanistas de los siglos XII y XIII, muestra las semejanzas entre la técnica legal de los juristas escolásticos y la técnica jurídica moderna. Tanto el Antiguo como el Nuevo Testamentos, pro-

híben matar. Y, sin embargo, ambos ofrecen ejemplos en que se aprueba el uso de la fuerza. Por lo contrario, aunque el derecho romano no pretendía establecer normas morales, contenía la regla, *Vim vi repellere licet* ("Es lícito emplear la fuerza para repeler la fuerza"). Como las reglas del derecho romano en general, no se interpretó esto en el sentido de principio o concepto general, sino que quedó limitado a los tipos específicos de situaciones en relación con los que se encontrara, principalmente la regla de la *Lex Aquilia* de que un hombre podía valerse de la fuerza física para proteger su propiedad. Los juristas europeos de los siglos XII y XIII convirtieron la regla del derecho romano en principio general, que yuxtapusieron a las llamadas locuciones pacifistas de Cristo ("Poned la otra mejilla"), y de las máximas opuestas desarrollaron un concepto general de justificación para un uso limitado de la fuerza, aplicable a toda una serie de categorías interrelacionadas, expuestas sistemáticamente: la fuerza necesaria para aplicar la ley, para defenderse a sí mismo, para defender a otro, para proteger nuestra propiedad, para proteger la propiedad de otro. Estos principios no sólo se aplicaron al derecho civil o al penal, sino también a cuestiones políticas y teológicas concernientes a la "guerra justa".[65]

Éstos son ejemplos bastante sencillos de las técnicas escolásticas de plantear una *quaestio* relacionadas con pasajes contradictorios en un texto que era autoridad, seguida por una *propositio* que ofrecía las autoridades y razones en apoyo de una posición, luego por una *oppositio*, que mostraba las autoridades y razones en favor de la opinión contraria, y terminando con una *solutio* (o *conclusio*), en que se mostraba, que o bien las razones dadas en la *oppositio* no eran ciertas, o que la *propositio* debía ser condicionada o abandonada a la luz de la *oppositio*. Por lo general, el método escolástico de plantear "cuestiones disputadas" era mucho más complejo.[66] El maestro o escritor a menudo no planteaba uno, sino toda una serie de problemas interconectados en sucesión. Entonces se ofrecían argumentos de los bandos opuestos, como un quejoso y un acusado en un proceso legal. Luego, los pros y los contras se "disponían en dos frentes de batalla".[67] En apoyo de cada argumento se citaban reglas del derecho; a veces se hacían docenas de tales *allegationes* en apoyo de un solo argumento en pro o en contra. La mayoría de los términos característicos del argumento, como lo ha demostrado Hermann Kantorowicz, se derivaban de la bibliografía disponible sobre la dialéctica griega, o eran tomados de los textos de derecho romano de Justiniano, o de ambos.[68] Lo enteramente nuevo, al ser inventado el método por los juristas del segundo cuarto del siglo XII,[69] fue la unión de todos estos términos en una estructura sumamente compleja, que se asemejaba a los alegatos y argumentos de los casos difíciles en un tribunal. Y tal semejanza no era casual. Kantorowicz cree que este estilo fue desarrollado inicialmente en litigios y luego imitado en el aula y en la literatura, así como probablemente el estilo de los Anuarios ingleses de 1280-1535 se derivó de notas tomadas por los estudiantes de

mentos en los casos ventilados en los tribunales del rey.[70] Pero esto aún deja en pie la pregunta de por qué el argumento, en el tribunal, tomaba la forma de toda una variedad de posiciones en pro y en contra, con múltiples citas, regulaciones intrincadas y síntesis complejas. Sin duda, una parte importante de la respuesta es que

> las *quaestiones disputatae* eran el principal eslabón entre el derecho escrito de Justiniano y su aplicación en los tribunales de la justicia contemporánea. Se desarrolló así el valor para sacar audaces analogías, para tratar elevados principios de igualdad, para llenar las *lacunae* de la ley por medio de la intuición y la imaginación. Por ello fue realmente grande la importancia histórica de estas preguntas como factor dinámico en la adaptación del derecho romano a visiones y condiciones cambiantes y en proceso de eterno devenir.[71]

La misma audacia y las mismas técnicas se aplicaron al adaptar principios bíblicos, patrísticos y canónicos a las nuevas condiciones de vida.

Además de elaborar principios jurídicos generales, subyacentes en las reglas aplicables a casos concretos, los juristas de los siglos XII y XIII, canonistas o romanistas, también definieron conceptos generales, como los conceptos de representación, de corporación y de jurisdicción. Nuevamente, mientras que el derecho romano de Justiniano aportó la terminología básica, y la dialéctica griega de Platón y de Aristóteles el método básico, la combinación de ambos —en un medio social totalmente distinto— produjo algo absolutamente nuevo; por ejemplo, los juristas romanos habían establecido varias reglas según las cuales un esclavo podía actuar en nombre de su amo, como su agente, y el amo sería responsable, pero, en cambio, no habían ofrecido ninguna definición general de agencia o de representación. Asimismo, habían planteado una variedad de situaciones en que se debía tratar a un grupo de personas como unidad colectiva, como una *societas* ("asociación"), pero no habían ofrecido una definición general de la personalidad de grupo o corporativa, ni habían desarrollado la idea de responsabilidad limitada. El derecho romano de Justiniano carecía hasta de un concepto general de contrato; mostraba ciertos tipos específicos de contratos, pero no quedaban subordinados a un concepto general de promesas de cumplimiento obligatorio, de modo que un acuerdo que caía fuera de los tipos de contratos nombrados por la ley no era *ipso facto* un contrato.[72]

Totalmente erróneo sería decir que no había conceptos generales en el derecho romano de la época de Justiniano y antes; por lo contrario, los juristas romanos discutían animadamente sobre situaciones en que un contrato sería nulo por causa de "error", situaciones en que la aplicación de una obligación formal era requerida por la "buena fe" y varios otros tipos de situaciones en que los resultados jurídicos necesitaban remitirse a conceptos. En realidad, el derecho romano desde los primeros tiempos estuvo imbuido por conceptos como propiedad, posesión, delito, dolo, robo y otras docenas. Ésta fue su gran virtud. Empero, dichos conceptos no fueron tratados como ideas que imbuyeran las reglas y determinaran su aplicabilidad. No se les consideró filosóficamente. Los conceptos del derecho romano, como sus incontables reglas legales, estaban atados a tipos específicos de situaciones. El derecho romano consistía en una intrincada red de reglas; y, sin embargo, no se presentaban como sistema intelectual, sino como elaborado mosaico de soluciones prácticas a cuestiones jurídicas específicas. Podemos así decir que, aunque sí había conceptos en el derecho romano, no existía el concepto de concepto.

En contraste, los juristas europeos que resucitaron el estudio del derecho romano en los siglos XI y XII se pusieron a sistematizar y armonizar la enorme red de reglas jurídicas romanas como principios y conceptos generales, empleando métodos similares a los que sus colegas de la teología estaban empleando para sistematizar y armonizar el Antiguo y el Nuevo Testamentos, los escritos de los Padres de la Iglesia y otros textos sacros. Los juristas tomaron por punto de partida el concepto de un concepto legal y el principio de que la ley se basa en principios.

Esto fue mucho más que añadir una dimensión filosófica al estilo más práctico de los textos romanos; fundamentalmente cambió el significado mismo de cuestiones jurídicas cotidianas, como "¿Cuáles son mis derechos, si mi deudor no me paga?" Aún se podían citar las reglas romanas, pero serían sometidas a una interpretación a la luz de sus propósitos subyacentes y de su relación con otras partes de todo el sistema. Por ejemplo, mientras que la regla romana podía exigir que el deudor pagara aun si tenía un argumento válido en contra, dejándole buscar su remedio contra el acreedor en una acción jurídica separada, los romanistas y canonistas europeos aplicarían el concepto de la mutualidad de la obligación contractual basado, en último término, en el principio de buena fe.

La conceptualización de términos jurídicos generales, como la promulgación de los principios generales subyacentes en las reglas jurídicas, estuvo directamente relacionada no sólo con el nuevo interés en la filosofía griega, sino también con los avances logrados en teología; y tanto los aspectos filosóficos como los teológicos fueron directamente relacionados con los grandes cambios en la vida política, económica y social que constituyeron la Revolución papal. Ante todo, fueron la coexistencia y competencia de nuevas entidades centralizadas, eclesiásticas y seculares, lo que hizo importante articular aquellos principios. De este modo, la Iglesia en el siglo XI fue la primera colectividad que se llamó a sí misma corporación *(universitas)*. La autoridad de obispos y sacerdotes, antes derivada sólo del sacramento de la ordenación, se dijo ahora que se derivaba también de la jurisdicción: por vez primera, se les nombraba con el consentimiento del papado ("por la gracia de Dios y de la Sede Apostólica"), y sólo podían ser cesados por el papa. El obispo fue considerado como el funcionario de la corporación eclesiástica. Su "jurisdicción" incluía la facultad y el deber de

atender casos jurídicos en su tribunal, según las reglas de un conjunto universal de derecho procesal y sustantivo; la parte perdedora tenía derecho automático de apelar a la curia papal.

Un proceso similar de conceptualización ocurrió en el desarrollo de sistemas jurídicos seculares. Los mismos términos, derivados en gran parte del derecho romano, se emplearon en la determinación de principios generales y, con el tiempo, en la formación de conceptos generales. Luego, principios y conceptos fueron empleados como base para la extrapolación de nuevas aplicaciones. Este avance revolucionó la ciencia del derecho. Mostró que se podía poner a prueba el sentido de una prueba jurídica y evidenciar su validez mostrando su congruencia orgánica con los principios y conceptos del sistema en conjunto.

El derecho como prototipo de la ciencia occidental

Los juristas escolásticos crearon una "ciencia" jurídica en el moderno sentido occidental, y no en el sentido platónico o aristotélico del término. Según Platón, la ciencia era el conocimiento de la verdad obtenido por deducción, pasando de lo general a lo particular. Aristóteles, aunque subrayó el método de observación e hipótesis, sin embargo, se centró en descubrir la verdadera causa o necesidad que produce una cierta sustancia o conclusión; según él, el modelo último de la ciencia era la geometría. Para el hombre occidental moderno, la certidumbre misma de las matemáticas, el hecho de que se basen en su propia lógica interna y no en la falible observación humana, las hace aparecer más como un lenguaje o una filosofía que como una ciencia. La ciencia occidental moderna, en contraste con la aristotélica, se ha centrado en formular hipótesis que puedan servir como base para ordenar los fenómenos en el mundo del tiempo y, por ende, en el mundo de las probabilidades y predicciones y no en el de las certidumbres y necesidades. La ciencia de los juristas escolásticos fue precisamente de esa índole. Empleaba un modo dialéctico de establecer principios jurídicos generales relacionándolos con particulares en la predicación. Desde luego, no era una ciencia "exacta" como la física o la química modernas; tampoco se prestaba al tipo de experimentación de laboratorio que es característico de muchas (aunque no de todas) las ciencias naturales, aunque sí empleara sus propios tipos de experimentación. Asimismo, se preocupaba por construir un sistema a base de fenómenos *sociales* observados —instituciones legales— en lugar de fenómenos observados del mundo de la materia; no obstante, como las ciencias naturales que se desarrollaron tras ellas, la nueva ciencia jurídica combinó los métodos empíricos con los teóricos.

Una ciencia, en el moderno sentido occidental del término, puede quedar definida por tres conjuntos de normas: metodológicos, de valor y

sociológicas. Según los tres conjuntos de normas, la ciencia jurídica de los juristas del siglo XII de la Europa occidental fue progenitora de las modernas ciencias occidentales.

Características metodológicas de la ciencia jurídica

Una ciencia en el moderno sentido occidental puede definirse en términos metodológicos como: *1)* un cuerpo integrado de conocimiento, *2)* en que se explican sistemáticamente las ocurrencias particulares de fenómenos, *3)* de acuerdo con principios o verdades generales ("leyes"), *4)* el conocimiento de los cuales (es decir, de los fenómenos y de los principios generales) se ha obtenido mediante una combinación de observación, hipótesis, verificación y, en la mayor medida posible, experimentación. Sin embargo, *5)* el método científico de investigación y sistematización, pese a estas características comunes, no es el mismo para todas las ciencias, sino que debe adaptarse específicamente a las clases particulares y ocurrencias de los fenómenos que investiga cada ciencia particular. Esta definición rechaza la idea, hoy aceptada por muchos, sobre todo en los Estados Unidos y en Inglaterra, de que sólo pueden llamarse propiamente científicos los métodos apropiados a las ciencias naturales y, ante todo, la física y la química.

De acuerdo con las cinco normas enumeradas, las investigaciones y los escritos técnicos de los juristas italianos, franceses, ingleses, alemanes y otros de finales del siglo XI y los siglos XII y XIII, canonistas y romanistas, constituyeron una ciencia del derecho. Los fenómenos estudiados fueron las decisiones, reglas, costumbres, estatutos y otros datos jurídicos promulgados por concilios de la Iglesia, papas y obispos, así como por emperadores, reyes, duques, magistrados de ciudad y otros gobernantes seculares, o que se encontraron en las Sagradas Escrituras, los textos de derecho romano de Justiniano y otras fuentes escritas. Estos materiales fueron tratados por los juristas como datos que había que observar, clasificar y sistemáticamente explicar, de acuerdo con principios y conceptos generales de verdades. Las explicaciones quedaban sujetas a verificación, tanto por la lógica como por la experiencia. En la medida en que pudieran aducirse ejemplos positivos de su aplicación y ser medidos sus efectos, también había en ello una especie de experimentación.

La originalidad de la aportación de los juristas del siglo XII al pensamiento científico estuvo en su interpretación de principios generales que fueran congruentes con la evidencia, y en su uso de esos principios para explicar la evidencia y extrapolar a partir de ella. Fueron los primeros sabios occidentales que vieron y desarrollaron no sólo pruebas empíricas de la validez de principios generales, sino también los usos empíricos para tales principios. Su realización no es menos asombrosa por el hecho de

que los datos empíricos que examinaban fuesen leyes, costumbres y decisiones ya existentes. El otro método disponible, derivado del pensamiento platónico como por entonces se le interpretaba, consistía en aplicar principios generales (Formas ideales) para validar doctrinas teológicas, cosmológicas y políticas. Pero, dado que el método platónico exigía el rechazo de toda evidencia que no correspondiera a las Formas ideales, no se habría prestado bien para armonizar las leyes, costumbres y decisiones existentes.

Como ejemplo específico, los jueces observaron que en todos los diversos sistemas legales que estaban examinando surgía la pregunta de si alguien que había sido desposeído de sus bienes por la fuerza tenía el derecho de recuperarlos por la fuerza. Se llegó a una solución interpretando los textos de derecho romano de Justiniano, donde se dice que el pretor romano declaró que alguien que hubiese sido desposeído por la fuerza de sus tierras (no se dice nada acerca de otros bienes) no puede recuperarlas por la fuerza una vez transcurrido cierto periodo de tiempo. Los juristas del siglo XII concluyeron que esta regla era igualmente aplicable a los otros bienes, pues los mismos propósitos intervienen en ambas clases de casos. Además, ciertos concilios de la Iglesia habían declarado, en casos eclesiásticos individuales, que un obispo forzosamente expulsado de su obispado no debía recurrir a la fuerza para recuperarlo. Un obispado, observaron los juristas del siglo XII, no sólo incluye derechos de tierra, sino también derechos de otros bienes y, además, derechos en gajes: derechos sobre derechos (cosas reclamables). Tales ejemplos hicieron surgir no sólo analogías, sino también hipótesis. Pareció que bajo las diversas reglas se encontraba un principio jurídico básico —no mencionado en la ley, pero declarado, por esta época, por los científicos legales para explicar la ley— de que las personas cuyos derechos son violados deben reivindicarlos por una acción jurídica y no "tomando la ley en sus propias manos". Esta hipótesis fue comprobada lógicamente por la proposición de que uno de los objetivos fundamentales del derecho es ofrecer una alternativa a la fuerza como medio de resolver disputas. Además, fue verificada por la experiencia, incluyendo la experiencia de las circunstancias que habían hecho brotar la regla, a saber, el desorden y la injusticia que resultaban cuando disputas por derechos de tierra, objetos y cosas reclamables se resolvían mediante una serie de violentos actos de desposesión, primero por uno de los disputantes y luego por el otro. Tal experiencia llegaba al nivel de experimentación cuando el jurista podía comparar las consecuencias de diversas reglas jurídicas y los cambios de reglas jurídicas. A veces, las reglas consideradas insatisfactorias eran enmendadas o repelidas, o caían en desuso. En cambio, las reglas consideradas satisfactorias continuaban vigentes. Tales "experimentos" carecían de la exactitud de las pruebas de laboratorio; y, sin embargo, eran una especie de experimentación social, un "laboratorio de la historia"; lo que los científicos modernos llamarían "experimentos naturales". En terminología moderna, la experiencia, incluso la experiencia de aplicar reglas en casos concretos, fue considerada como un proceso de constante retroalimentación con respecto a la validez de las reglas y de los principios generales, así como de los conceptos que, creíase, estaban subyacentes.

Desde luego, la ciencia del derecho estaba a merced de la política: con frecuencia, los legisladores pudieron pasar por alto los descubrimientos de los juristas. En la práctica, la lógica y la experiencia a menudo fueron sacrificadas al poder, el prejuicio y la codicia. No obstante, esto es otra cosa y no menoscaba la naturaleza científica de los estudios jurídicos del siglo XII.

La verificación de los principios jurídicos generales por la lógica y la experiencia constituyó ciencia jurídica en su más alto nivel intelectual; sin embargo, habitualmente, el científico del derecho del siglo XII, como su equivalente de hoy, se preocupaba por lo que mucho después se llamaría "dogmática jurídica", es decir, la elaboración sistemática de las ramificaciones de las reglas jurídicas, sus interconexiones y su aplicación a tipos específicos de situaciones. Volviendo al ejemplo de la desposesión forzosa: una vez establecido un principio que prohibiera a una persona recuperar su propiedad por la fuerza, surgían problemas espinosos con respecto al remedio de la persona que había sido desposeída por la fuerza. ¿Debía devolvérsele la posesión, aun si antes ella había tomado posesión por la fuerza, y aun si la persona que la desposeía era el verdadero propietario? ¿Debían ser los mismos los remedios con respecto a artículos y con respecto a tierras? ¿Había un límite de tiempo dentro del cual la víctima de la desposesión podía defender legalmente sus derechos por la fuerza ("persecución contemporánea")? Tales preguntas no fueron consideradas por los juristas básicamente como cuestiones morales o políticas, sino como cuestiones jurídicas; es decir, eran cuestiones que había que resolver sobre la base de la interpretación de las autoridades jurídicas: decisiones, reglas, costumbres, estatutos y textos bíblicos que constituían autoridad. Se consideraba que estos textos, verdaderas autoridades, habían sido objetivamente dados; podía hacerse un intento por mostrar que eran contrarios a la razón o que no eran útiles o que habían estado históricamente condicionados, socavando así su autoridad, pero si pasaban estas pruebas, había que aceptarlos. Eran "hechos", y la tarea del jurista era organizarlos y darles un sentido. Sus métodos de hacerlo no eran esencialmente distintos de los utilizados después por los naturalistas para analizar y sintetizar otros tipos de datos.[73]

Además de la metodología creada por la ciencia jurídica para el descubrimiento y la verificación de los principios implícitos en decisiones, reglas, conceptos y otros datos jurídicos, se desarrolló otra metodología para descubrir y verificar hechos en el curso de los procedimientos legales. La prueba de los hechos en el tribunal estuvo directamente conectada con los avances logrados en el estudio de la retórica. La retórica aún no llegaba

a ser el arte de la persuasión, recurriendo a las emociones y mediante ornamentación del discurso; aún retenía su vieja connotación aristotélica de persuadir apelando a la razón. En el siglo XII se hizo hincapié en los métodos de prueba. Los retóricos plantearon el concepto de la hipótesis para complementar el concepto dialéctico de la tesis *(quaestio)*. Se consideró que la prueba de la hipótesis exigía la presentación de pruebas, la cual, a su vez, implicaba el concepto de verdad probable. Eso hizo surgir una escala de probabilidades en que las presunciones desempeñaron un papel importante como forma de lógica. También creó reglas para evitar deformaciones y errores en la presentación y evaluación de las pruebas. Se subrayaron los paralelos con el derecho: un bien conocido tratado del siglo XII, la *Rhetorica Ecclesiastica*, declara que "tanto la retórica como el derecho tienen un procedimiento común". El mismo tratado definió un caso (causa) como "disputa civil, con respecto a cierta declaración o cierto acto de una cierta persona".[74] De esta manera, el concepto jurídico de un caso fue asociado al concepto retórico de una hipótesis. El mismo tratado declaraba, asimismo, que para descubrir la verdad de un asunto en disputa se necesitaban cuatro personas: un juez, un testigo, un acusador y un defensor. El juez había de velar porque no se violaran las reglas de la argumentación, especialmente las pruebas de pertinencia y de materialidad. A comienzos del siglo XIII se habían desarrollado reglas de exclusión para impedir la introducción de testimonios superfluos (cosa ya comprobada), evidencia improcedente (que no afectaba el caso), evidencia oscura e incierta (de la que no podían hacerse inferencias claras), evidencia general excesiva (que creaba oscuridad) y evidencia contraria a la naturaleza (que era imposible de creer).[75] Alessandro Giuliani ha mostrado que este sistema de "razón artificial" del derecho fue descartado en casi todos los países de Europa después del siglo XV y remplazado por la "razón natural", que subrayaba la lógica matemática, pero que fue conservado en el derecho común inglés gracias a Edward Coke, Matthew Hale y sus sucesores, pese a los esfuerzos en sentido contrario de Thomas Hobbes y otros.[76]

La comparación entre el razonamiento jurídico y el razonamiento científico y la afirmación de que el razonamiento jurídico fue prototipo del moderno razonamiento científico en Occidente se basa en ideas de la misma época acerca de la ciencia, que no han recibido aceptación universal. Por lo general, se fija el comienzo de la ciencia moderna cerca de la época de Galileo, cinco siglos después. Además, Galileo, Kepler, Descartes, Leibniz, Newton y otras grandes figuras de lo que hoy se considera el periodo clásico de la ciencia moderna, compartieron, todas ellas, una antipatía hacia el "escolasticismo medieval" aun si no compartieran otra cosa. Sin embargo, es importante el hecho de que su desafección no fuese dirigida contra el escolasticismo como tal, sino contra el hecho de que los escolásticos no supieron desarrollar un marco matemático de explicación. Como lo ha mostrado Alexander Koyré, Galileo y otros grandes pensadores del

siglo XVII tomaron las matemáticas como modelo para todas las explicaciones verdaderamente científicas.[77] Las matemáticas y sus leyes, como las Formas platónicas en una época anterior, llegaron a constituir el lenguaje ideal de la ciencia moderna. En el siglo XIX, el método escolástico también fue atacado desde otras direcciones: su insistencia en los propósitos de la materia bajo investigación fue criticada, así como su falta de insistencia en el valor predictivo de sus descubrimientos. No obstante, ni la ciencia del siglo XVII ni la del XIX habrían sido posibles sin el método científico, desarrollado inicialmente por los juristas del siglo XII.[78]

Premisas de valor de la ciencia jurídica

Aunque la ciencia, en el moderno sentido occidental, ha solido definirse sólo en términos metodológicos, también ha habido un creciente reconocimiento de que se le debe definir, asimismo, por las actitudes, las convicciones y los propósitos fundamentales de quienes se dedican a la empresa científica. En realidad, podríamos hablar de un código científico de valores,[79] que incluye: *1)* la obligación de los científicos de hacer su investigación con objetividad e integridad, y de evaluar su propio trabajo y el de otros exclusivamente sobre la base de normas universales de mérito científico; *2)* el requerimiento de que los científicos adopten una posición de duda y de "escepticismo organizado" hacia la certidumbre de sus propias premisas y conclusiones y las de otros, junto con una tolerancia de las ideas nuevas, hasta que sean refutadas, y una disposición pública de reconocer el error, y *3)* una suposición integrada de que la ciencia es un "sistema abierto", que busca "aproximaciones cada vez mayores a la verdad, en vez de respuestas finales", y que "la ciencia no se puede congelar en un conjunto de concepciones ortodoxas... sino que es un cuerpo de ideas, en continuo cambio, con diversos grados de plausibilidad".[80]

Muchos dudarían de la probabilidad o aun de la posibilidad de que un "abogado" pudiese cumplir con estas tres normas. Su objetividad, integridad y universalidad parecen discutibles, ya que es llamado por partidarios políticos y privados para promover y justificar sus intereses. Además, si va a ser escéptico hacia sus propias conclusiones, podrá colocar obstáculos en el camino de su aceptación, y a menudo es parte de su responsabilidad profesional persuadir a los demás de que las acepten. La misma dificultad obstruye el concepto de ciencia jurídica como cuerpo de ideas en continuo cambio: la sociedad misma parece exigir que la "ley" sea más que eso. Por último, durante el periodo en que no sólo la autoridad y el poder del papado, sino también su dogmatismo se hallaban en la cúspide, parece increíble que los abogados —aun cuando hayan sido eruditos jurídicos y no practicantes (en realidad, muchos eran ambas cosas)— o, en realidad, cualesquier otros buscadores de conocimiento hubiesen podido tener ese

desinterés y apertura de criterio que se encuentra en la base del código de valores de la ciencia moderna occidental.

Estas dudas hacen surgir preguntas fundamentales con respecto a la libertad no sólo de la ciencia jurídica en el siglo XII, sino de cualquier ciencia en cualquier sociedad.[81] El código científico de valores siempre es precario; hay que defenderlo siempre contra las presiones políticas e ideológicas de fuera, y contra los prejuicios y el partidarismo de los propios científicos. Lo asombroso del siglo XII es que en el clímax mismo del movimiento por centralizar la autoridad y el poder en la Iglesia, y en el tiempo mismo en que el propio dogma quedaba legalizado por vez primera y la herejía se definía como una desobediencia criminal,[82] surgiera la idea de que el progreso de la ciencia depende de la libertad de los científicos para adoptar opiniones opuestas ante cuestiones de verdad científica. Se presupuso que tal razonamiento dialéctico, partiendo de posiciones contradictorias, daría por resultado una síntesis, y que la síntesis correspondería a las declaraciones autorizadas de la verdadera fe. No obstante, también se presupuso que el razonamiento dialéctico debía proceder científicamente, pues de otra manera perdería todo valor. Así, al mismo tiempo que se estaban proscribiendo legalmente las doctrinas heterodoxas y se estaba dando muerte a los herejes que persistían en su "desobediencia", los valores de objetividad científica, desinterés, escepticismo organizado, tolerancia al error y apertura a las nuevas verdades científicas no sólo eran proclamados, sino que recibían expresión en la forma misma de las nuevas ciencias que entonces surgieron. Los dos movimientos opuestos —hacia la autoridad y hacia la racionalidad— estuvieron, de hecho, directamente interconectados.

Las dudas sobre la capacidad de los abogados para adherirse a valores científicos se basan en varias concepciones erróneas. Es cierto, desde luego, que cuando un jurista es el defensor de una parte o de una causa, ha de actuar como partidario y no como científico. Sin embargo, este papel es parte esencial de los procedimientos jurídicos en que puntos de vista opuestos se presentan a un tribunal encargado de tomar una decisión. De hecho, los propios procedimientos legales son en cierto sentido científicos, ya que la pugna está destinada a presentar al tribunal todas las consideraciones pertinentes. En un juicio, se supone que el tribunal decidirá el caso "objetivamente" sobre la base de "las pruebas" presentadas en nombre de los litigantes. Y, sin embargo, aun en los casos en que se realiza este ideal, un juicio o debate legislativo, o cualquiera de esos procedimientos legales, tiene otras características que son totalmente acientíficas. Por una parte, el tribunal debe actuar bajo la presión de los límites de tiempo, mientras que el científico puede aguardar indefinidamente hasta que pueda sacar conclusiones. Además, el tribunal es un cuerpo político; está demasiado cerca de los prejuicios y las presiones de la comunidad para guardar la "distancia" que se exige a los científicos.

Sin embargo, no es al practicante del derecho ni al tribunal (sea cuerpo judicial, legislativo o administrativo), sino al profesor de derecho o al jurisconsulto a quien se le pide adherirse al código científico de valores. También él tiene dificultades para hacerlo; mayores dificultades acaso que sabios de disciplinas que están más alejadas de la cotidiana vida política, económica y social. No obstante, por lo mismo, puede estar más consciente de las presiones del exterior sobre él, así como de las presiones internas de sus propias pasiones y prejuicios, y por ello encontrarse mejor capacitado que otros para resistirlas o al menos ser más sensible a lo precario de su propia libertad científica.

Las premisas de valor de la ciencia, incluso de la ciencia jurídica, estaban implícitas en el método dialéctico de análisis y síntesis de los problemas jurídicos creado por los juristas escolásticos de los siglos XI y XII. La intensa concentración en las contradicciones de la ley, en problemas dialécticos, y el intenso esfuerzo por reconciliarlos mediante principios y conceptos legales en niveles crecientes de generalización, sólo podían tener éxito como método adhiriéndose a los valores mismos que caracterizan la propia ciencia: objetividad, integridad, universalismo, escepticismo, tolerancia del error, humildad, apertura ante una verdad nueva... y, añadiríamos, un especial sentido del tiempo, asociado a la coexistencia de hechos contradictorios. Como se creía que toda la ley estaba imbuida por un propósito común, una *ratio*, se daba por sentado que, en última instancia, se resolverían las paradojas; mientras tanto, el cuerpo de juristas se enfrentaría, pacientemente, a las incertidumbres creadas por las paradojas.

Al hablar de las "premisas de valor" de la ciencia, no podemos pasar por alto el hecho de que —al menos en la civilización occidental, donde la ciencia ha florecido más que en ninguna otra cultura (en realidad, algunos dirían que ha florecido *demasiado)*— la objetividad, el escepticismo, la apertura y el espíritu general de racionalismo que caracterizan la investigación científica han brotado de una compleja relación entre lo sagrado y lo profano. Por una parte, una fe en lo sacro o lo potencialmente sacro de todas las cosas, como existió entre los pueblos germánicos y también en el cristianismo primitivo, inhibe toda investigación objetiva, escéptica, abierta y racional. Por ello, no fue casualidad que las primeras ciencias occidentales surgieran en la época en que había una separación entre las entidades eclesiásticas y las seculares. Por otra parte, surgieron precisamente en la esfera eclesiástica y no en la secular: en el derecho canónico y en la propia teología. Teólogos occidentales de finales del siglo XI y del XII —Anselmo, Abelardo y otros— no vacilaron en someter la prueba de los misterios divinos a un examen sistemático, racional y hasta escéptico. Anselmo intentó probar "por medio de la razón", sin ayuda de la fe o de la revelación, no sólo la existencia de Dios, sino también la necesidad de su encarnación en Cristo. Abelardo expuso las contradicciones que había en las Sagradas Escrituras: un primer paso hacia la exégesis bíblica científica. De manera similar, los canonistas examinaron abiertamente las contradic-

ciones que veían en los cánones de la Iglesia. Partiendo de un análisis objetivo del derecho prevaleciente concluyeron que hasta el papa, vicario de Cristo, podía ser depuesto si se descubriera que era hereje o culpable de un crimen que fuese escándalo de la Iglesia.

Parece inevitable la conclusión de que lo que hizo surgir los valores científicos no fue el examen de una esfera de la vida —la secular, la temporal, la material— que podía ser investigada sin peligro para las creencias religiosas, sino, antes bien, una nueva actitud hacia lo sagrado. Se consideró que la Iglesia, aunque todavía interpretada como el "cuerpo místico de Cristo", también tenía una identidad visible, legal, corporativa y una misión terrenal de reformar el mundo. El énfasis pasó de lo sagrado en el sentido del otro mundo a la encarnación de lo sagrado, que significaba su manifestación en la vida política, económica y social de la época. Esto, a su vez, obligó a examinar lo sagrado y lo espiritual con premisas de valor científicas. Sólo cuando se hizo el esfuerzo de estudiar objetivamente a Dios y las leyes de Dios fue posible tratar de estudiar objetivamente la vida secular y las leyes seculares... y, con el tiempo, la naturaleza y las leyes naturales.

No obstante, hubo desde luego una obvia tensión entre lo sagrado y lo profano en la teología de la Iglesia y en el derecho canónico, que también existió en otras ramas del saber y que inevitablemente impuso severas restricciones a las premisas de valor científicas. Casi huelga recordar las medidas represivas adoptadas contra los científicos que se apartaron del dogma oficial. El pensador original, el innovador, corría grave riesgo de ser condenado; al hereje se le podía ejecutar. Por tanto, aunque poco nos consuela, es importante saber que la tensión misma que causó tal represión también hizo posible el primer brote de la ciencia en Occidente.

Normas sociológicas de la ciencia jurídica

Además de su metodología y de sus premisas de valor, una ciencia —en el moderno sentido occidental de la palabra— debe definirse en función de normas sociológicas. Existen ciertos requisitos sociales que no sólo son indispensables para su existencia, sino que también ayudan a formar su carácter. Éstos incluyen: *1)* la formación de comunidades científicas que suelen coexistir con las diversas disciplinas, cada una de las cuales tiene una responsabilidad colectiva por la conducta de la investigación, la preparación de aspirantes, la compartición del conocimiento científico y la autentificación de las realizaciones científicas, dentro de la disciplina y fuera de ella;[83] *2)* la vinculación de las diversas disciplinas científicas en grandes comunidades de estudio, y especialmente en universidades, cuyos miembros comparten una preocupación común tanto por el avance y la enseñanza y educación de los jóvenes como una suposición común,

implícita, de que todas las ramas del conocimiento se basan a la postre en los mismos fundamentos, y *3)* la privilegiada situación social de las comunidades de científicos, incluyendo un alto grado de libertad de enseñanza y de investigación correlativo a su alto grado de responsabilidad de servir a la causa de la propia ciencia, sus métodos, sus valores y su función social.

Casi nadie tratará de negar seriamente que el estudio jurídico occidental en el siglo XII —y aún actualmente— ha sido una empresa colectiva, y que los estudiosos de la jurisprudencia formaban y aún forman una comunidad de intereses y preocupaciones compartidos. Y apenas menos obvio es el que los estudiosos del derecho también formaron y aún forman una profesión en el sentido de que cada uno de sus miembros tiene una responsabilidad pública, y está comprometido a anteponer el avance de su disciplina a todo interés o lucro personal. Estas perogrulladas de la experiencia histórica de Occidente también pueden ser aplicables a todas las ciencias, doquiera y cuando hayan existido. Pero lo que desde el siglo XII ha sido característica especial de la ciencia occidental, incluso de la ciencia jurídica, es su íntima conexión histórica con la institución de la universidad; la ciencia nació en la universidad, y la universidad le legó su precaria herencia de libertad de enseñanza y de investigación.

He aquí otra razón por la cual los modernos conceptos científicos occidentales y los métodos científicos surgieron a finales del siglo XI y comienzos del XII. Fue entonces cuando nacieron las universidades. Esto puede parecer, simplemente, hacer retroceder un paso la pregunta, pero es más: saca la pregunta del ámbito de la historia de las ideas, pasándola al ámbito de la historia de las comunidades. La metodología científica y los valores que caracterizan a la ciencia en el moderno sentido occidental no deben explicarse en función del desenvolvimiento de las ideas en algún sentido platónico o hegeliano, sino como respuestas sociales a necesidades sociales. Se necesita más que la progresiva traducción de las obras de Aristóteles para explicar por qué, en el año 1150, posiblemente 10 000 estudiantes de toda Europa pudieron encontrarse en la ciudad de Bolonia, en la Italia septentrional, estudiando la ciencia jurídica.[84] Estaban allí porque la sociedad hizo posible —en realidad, hizo apremiante— que allí estuvieran; más aún, las mismas condiciones sociales desempeñaron inevitablemente un papel crítico al determinar la naturaleza de la ciencia jurídica que ellos habían ido a estudiar allí.

La dialéctica escolástica, y por consiguiente la ciencia moderna, incluso la jurídica, fueron producidas por las contradicciones de la situación histórica de la sociedad de Europa occidental a finales del siglo XI y durante el XII, y por el abrumador esfuerzo por resolver esas contradicciones y forjar un nuevo análisis. Fueron producidas, ante todo, por el trastorno revolucionario que separó las jurisdicciones eclesiástica y secular, haciendo así de la reconciliación de los opuestos una necesidad aguda virtualmente en todos los niveles de la vida social. Una docta profesión

de juristas surgió en Europa occidental —al principio principalmente en la Iglesia y luego, en diversos grados, en las ciudades y los reinos— como respuesta a la necesidad de reconciliar los conflictos que habían estallado dentro de la Iglesia, entre la Iglesia y las autoridades seculares, y entre y dentro de las diversas entidades seculares. La profesión legal, formada básicamente en las universidades, produjo una ciencia de las leyes; es decir, los juristas constituyeron una comunidad en que la ciencia jurídica era la expresión de la razón de ser de la comunidad. Por medio de su ciencia, la profesión jurídica ayudó a resolver las contradicciones que había en la situación social e histórica de Europa occidental, al resolver las contradicciones que había *entre* esa situación *y* las autoridades legales prexistentes. En primera instancia, la ciencia jurídica fue una institucionalización del proceso de resolver conflictos en textos jurídicos que hacían autoridad.

La presencia de importantes enclaves de cultura judía e islámica en medio de la cristiandad hizo más apremiante la necesidad de un método dialéctico de análisis y síntesis de las contradicciones, así como la necesidad de una resolución legal del conflicto social. Sin embargo, de manera sorprendente, parece no haber habido virtualmente ninguna influencia judía o islámica contemporáneas sobre el desarrollo de los sistemas jurídicos occidentales en su época formativa, es decir, a finales del siglo XI y durante el XII. Desde luego, aun en tan temprana época hubo importantes influencias directas árabes sobre la astronomía, las matemáticas, la medicina, el arte y probablemente también sobre ciertas instituciones y prácticas gubernamentales específicas (especialmente en el reino normando de Sicilia), así como importantes influencias directas judías sobre los estudios bíblicos y la teología; y, desde luego, fue enorme la influencia histórica del judaísmo sobre el cristianismo, ya que la Iglesia reconocía como su fundador a Abraham y a la Biblia judía como su herencia. Y, sin embargo, hasta donde lo han revelado hasta hoy los estudios, ni el Talmud ni el Corán parecen haber tenido ninguna repercusión sobre los primeros grandes legisladores y juristas de Occidente.[85]

Las principales características sociales de la ciencia jurídica occidental en su periodo formativo, especialmente al ser influida por las universidades, pueden resumirse de esta manera:

1. Las universidades ayudaron a establecer el carácter transnacional de la ciencia jurídica occidental. Como ha dicho David Knowles:

> Durante trescientos años, de 1050 a 1350, y sobre todo en el siglo transcurrido entre 1070 y 1170, toda la Europa culta formó una sola e indiferenciada unidad cultural. En las tierras situadas entre Edimburgo y Palermo, Maguncia o Lund y Toledo, un hombre de cualquier ciudad o aldea podía buscar educación en cualquier escuela, y llegar a prelado o a funcionario en cualquier iglesia, corte o universidad (donde éstas existían), de Norte a Sur y de Este a Oeste. Tal fue la época de Lanfranco de Pavía, Bec y Cantorbery [Lanfranco fue el principal consejero de Guillermo *el Conquistador* y arzobispo de Cantorbery], de Anselmo de Aosta, Bec y Cantorbery [Anselmo sucedió a su antiguo maestro, Lanfranco, a las órdenes del sucesor de Guillermo]; de Vacario [célebre profesor de derecho romano] de Lombardía, Cantorbery, Oxford y York; de Juan de Salisbury, París, Benevento, Cantorbery y Chartres [íntimo asociado y consejero de reyes, arzobispos y papas, "el más consumado erudito y estilista de su época"];... de Nicolás Brakespeare de St. Albans, Francia, Escandinavia y Roma [hijo de campesinos ingleses que llegaría a ser el papa Adriano IV]; de Tomás de Aquino, Colonia, París y Nápoles... En este periodo, una alta proporción de los más célebres escritores, pensadores y administradores cobraron su mayor fama y realizaron la parte más significativa de la obra de sus vidas lejos de la tierra en que habían nacido y había transcurrido su niñez. Más aún, en los escritos de muchos de ellos no hay ni una sola característica de lenguaje, estilo o pensamiento que nos revele de dónde habían brotado. Cierto, sólo estamos hablando de una pequeña minoría culta, a la que no perteneció la aristocracia terrateniente en general, así como muchos monarcas y hasta algunos obispos. El mundo de la Iglesia y del Estado con frecuencia se vio dividido por cismas y guerras, mientras el grueso de la población, arraigado en la tierra, no sabía de nada que estuviese más allá de los campos y bosques de su minúsculo rincón. Pero en el plano de la literatura y el pensamiento había un acervo de palabras, formas y pensamientos del que todos se valían y del que todos participaban por igual. Si sólo tuviéramos las obras escritas pero sin el nombre de sus autores, no podríamos asignarlas a ningún país o pueblo.[86]

Lo que Knowles escribe acerca de la cultura general en aquel periodo también es aplicable a la cultura jurídica en el terreno del derecho canónico y romano. Éstas eran disciplinas que no tenían fronteras nacionales. Se las enseñaba en las universidades a estudiantes de derecho llegados de todos los países de Europa. Desde luego, todos ellos hablaban latín, el lenguaje universal de Occidente, no sólo del derecho, sino también de la enseñanza y la cultura, así como del culto y la teología.

2. Además de dar un carácter transnacional a la cultura jurídica, las universidades europeas ayudaron a otorgar al derecho mismo una terminología y un método transnacionales. Los graduados en las escuelas de derecho universitarias volvían a sus países o se iban a otros donde servían como jueces eclesiásticos o laicos, practicantes del derecho, asesores jurídicos de autoridades eclesiásticas, reales y de ciudades, y de señores de palacios, y como funcionarios administrativos de diversas índoles. En la medida en que tenían que ver con el derecho canónico podían aplicar directamente su preparación universitaria; en la medida en que tenían que ver con el derecho secular le aplicaban la terminología y el método del derecho canónico y del romano que habían estudiado.

3. El método jurídico que se enseñaba en las universidades europeas fue el que hizo posible la formación de sistemas jurídicos a partir de costumbres y leyes diversas y contradictorias prexistentes. Las técnicas de armo-

nizar las contradicciones, aunadas a la fe en un cuerpo de derecho ideal, una estructura integrada de principios jurídicos, permitió empezar a sintetizar el derecho canónico y luego el derecho feudal, el urbano, el mercantil y el real.

4. Las universidades exaltaron el papel del sabio —el científico— como forjador de la ley. La ley se encontraría básicamente en los textos antiguos y, por tanto, era necesario contar con una clase de hombres doctos que pudiesen explicar los textos a quienes desearan iniciarse en sus misterios. El doctor, es decir, el catedrático universitario, se convirtió en el expositor autorizado de la "regla auténtica". También esto dio universalidad a la ciencia jurídica, que ayudó a superar las contradicciones de las leyes.

5. La yuxtaposición del derecho y de otras disciplinas universitarias —especialmente la teología, la medicina y las artes liberales— también dio a los estudios de derecho una amplitud de la que de otro modo hubiesen carecido. El método escolástico se utilizaba en todas las disciplinas; y, asimismo, las materias de todas las disciplinas se empalmaban. De este modo, el estudiante de derecho no podía dejar de saber que su profesión era parte integral de la vida intelectual de su época.

6. El derecho, aunque vinculado con otras disciplinas universitarias, estaba aparte y era distinto de ellas. Ya no era, como antes de que surgiesen las universidades, una rama de la retórica, por una parte, y de la ética y la política, por la otra. Mientras que en el Imperio romano la autonomía del pensamiento jurídico se había mantenido gracias a sus practicantes, en especial a los pretores y a los consejeros jurídicos profesionales, en Europa occidental esa autonomía se mantuvo gracias a las universidades.

7. El que el derecho se enseñara como disciplina universitaria hizo inevitable que las doctrinas jurídicas fuesen criticadas y evaluadas a la luz de verdades generales, y ya no sólo estudiadas como un oficio o una técnica. Aun aparte de las universidades, la Iglesia había enseñado de tiempo atrás que todo derecho humano había de ser puesto a prueba y juzgado por el derecho divino y la ley moral; pero los juristas universitarios añadieron el concepto de un derecho humano ideal, el derecho romano de los libros de Justiniano que —junto con la Biblia, los escritos de los Padres de la Iglesia, los decretos de los concilios eclesiásticos y de los papas y otros textos sagrados— aportaron principios jurídicos básicos y normas para criticar y evaluar las reglas e instituciones jurídicas existentes. Estos inspirados escritos del pasado, y no lo que cualquier legislador pudiese hacer o decir, constituían las normas últimas de la legalidad.

8. Las universidades occidentales elevaron el análisis del derecho al nivel de ciencia, como se interpretaba esa palabra en los siglos XII a XV, conceptualizando las instituciones jurídicas y sistematizando el derecho como cuerpo integrado de conocimientos, de modo que la validez de las reglas legales pudiese demostrarse por su congruencia con el sistema en su conjunto.

9. Las universidades produjeron una clase profesional de abogados, unida por una preparación común y por la tarea común de guiar las actividades legales de la Iglesia y del mundo secular de imperios, reinos, ciudades, palacios y gremios mercantiles y de otras índoles. Los propios estudiantes de derecho, que al menos inicialmente formaron una corporación, un gremio, y aunque al graduarse se dispersaron por muchos países, continuaron unidos informalmente por su preparación y su tarea comunes.

Cierto es que en la Inglaterra del siglo XIV surgió, junto con las escuelas de derecho universitarias de Oxford y de Cambridge, un modo diferente de educación jurídica en las *Inns of Court*. No obstante, en Inglaterra como en otros países de Europa, el sistema de enseñanza universitaria de derecho establecido en el siglo XII ejerció profunda influencia sobre el pensamiento jurídico. También es cierto que el desarrollo del nacionalismo en los tiempos modernos ha hecho mella en el carácter transnacional de la educación jurídica occidental, y que los lazos entre el derecho y otras disciplinas universitarias se han debilitado considerablemente. Y, sin embargo, algo de la tradición de Bolonia y algo de la dialéctica escolástica, sobreviven aún nueve siglos después, hasta en las escuelas de derecho de los Estados Unidos. En realidad, se han difundido por todo el mundo. Sólo en la última parte del siglo XX se les ha puesto seriamente en entredicho.

La nueva metodología jurídica que surgió en Occidente a finales del siglo XI y durante el XII —su lógica, sus temas, su estilo de razonar, sus niveles de generalización, sus técnicas de interrelacionar lo particular con lo universal, sus casos y conceptos— fue parte esencial de la sistematización consciente del derecho como ciencia autónoma. Esto, a su vez, fue parte esencial de la creación de sistemas jurídicos autónomos en las nuevas comunidades que surgieron de la Revolución papal: el nuevo Estado-Iglesia, los nacientes reinos seculares, las ciudades y poblados con franquicia, las recién sistematizadas relaciones feudales y señoriales, la comunidad translocal de comerciantes. La insistencia en textos jurídicos que hacían autoridad pero estaban en conflicto y en su reconciliación por medio de principios y conceptos generales fue una imaginativa respuesta intelectual a la necesidad, entonces sentida, de reconciliar los elementos agudamente conflictivos que coexistían y competían dentro de la estructura social. Reconocer la legitimidad de cada uno de los elementos contradictorios (eclesiásticos y seculares, reales y feudales, feudales y urbanos, urbanos y gremiales) y, sin embargo, reconocer la unidad estructural de toda la sociedad (Europa, Occidente, la cristiandad occidental) de la que eran parte, y encontrar una auténtica síntesis, es decir, un modo de tratar las ambigüedades y conflictos sin destruir la autonomía de los factores que las constituían: tal fue el desafío revolucionario de la época. Y ése fue el desafío al que, en la ciencia jurídica, se enfrentaron los glosadores y los canonistas, así como se le hizo frente en el desarrollo de los nuevos sistemas jurídicos

A pesar de todo, la nueva ciencia jurídica occidental fue, por lo mismo, mucho más que una realización intelectual, mucho más que un método de razonar o un método de organizar el pensamiento. Sus normas eran tan morales como intelectuales. La forma expresaba valores y políticas sustantivos.[88] La reconciliación de reglas jurídicas opuestas formaba parte de un proceso más general de intentar reconciliar la ley estricta con la equidad, la justicia con la piedad, la igualdad con la libertad.

Ante todo, el esfuerzo de combinar estas normas y valores en conflicto fue considerado, en los siglos XI y XII, como parte de una reconciliación aún más formidable: la reconciliación de Dios y el hombre. Más que nada, fue la nueva visión de su destino último la que llevó por primera vez al hombre de Occidente a tener fe en la ciencia jurídica.

IV. FUENTES TEOLÓGICAS DE LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL

ES IMPOSIBLE comprender el carácter revolucionario de la tradición jurídica occidental sin explorar su dimensión religiosa. Se ha dicho que las metáforas de anteayer son las analogías de ayer y los conceptos de hoy. Así, las metáforas jurídicas del siglo XI fueron las analogías jurídicas del XII y los conceptos legales del XIII. Las metáforas jurídicas que dieron lugar a las analogías y conceptos legales fueron, principalmente, de carácter religioso. Eran metáforas del Juicio Final y del purgatorio, de la expiación de Cristo por la caída de Adán, de la transustanciación del pan y el vino en el sacramento de la eucaristía, de la absolución de los pecados en el sacramento de la confesión y del poder de los sacerdotes para "atar y desatar", es decir, imponer o remitir castigos eternos. Otras metáforas jurídicas eran principalmente feudales, aunque con matices religiosos: metáforas de honor, de satisfacción por mancha del honor, de prenda de fe, de lazos recíprocos de servicio y protección. Todas estas metáforas eran parte de una estructura unificada de rituales y mitos. (La palabra "mito" no se usa aquí en el antiguo sentido de "fábula", sino antes bien en el sentido opuesto, hoy generalmente aceptado, de "verdad sagrada".)[1]

Lo que muestra esta explicación es que instituciones, conceptos y valores básicos de los sistemas jurídicos occidentales tienen su fuente en rituales, liturgias y doctrinas religiosas de los siglos XI y XII, que reflejan nuevas actitudes hacia la muerte, el pecado, el castigo, el perdón y la salvación, así como nuevas suposiciones respecto a la relación de lo divino con lo humano y de la fe con la razón. En los siglos siguientes estas actitudes y suposiciones religiosas cambiaron fundamentalmente, y hoy sus fuentes teológicas parecen estar secándose. Y, sin embargo, las instituciones, los conceptos y los valores jurídicos que se han derivado de ellas aún sobreviven, muchas veces intactos. La ciencia jurídica occidental es una teología secular, que a menudo no tiene sentido porque ya no se aceptan sus presuposiciones teológicas.

Un ejemplo extravagante puede arrojar luz sobre las paradojas de una tradición jurídica que ha perdido contacto con sus fuentes teológicas. Si un hombre cuerdo queda convicto de asesinato y es sentenciado a muerte, pero antes de cumplida la sentencia se vuelve loco, su ejecución será aplazada hasta que recobre la cordura. En términos generales, ésta es la ley en los países occidentales y también en muchos no occidentales. ¿Por qué? La respuesta histórica, en Occidente, es que si se ejecuta a un hombre mientras está fuera de sí no tendrá la oportunidad de confesar libremente

sus pecados y recibir el sacramento de la sagrada comunión. Se le deberá permitir que recupere la razón antes de que muera, para que su alma no sea condenada al fuego eterno, sino que en cambio pueda expiar sus pecados en el purgatorio y por último, el día del Juicio Final, entrar en el Reino de los Cielos. Pero, donde no se cree nada de esto, ¿para qué conservar vivo al demente hasta que se recupere, y entonces matarlo?

El ejemplo tal vez sea de importancia menor en sí mismo; pero lo que muestra es que los sistemas jurídicos de todos los países occidentales —y de los no occidentales que han recibido la influencia del derecho occidental— son un residuo secular de actitudes y suposiciones religiosas que tuvieron su primera expresión histórica en la liturgia, los rituales y la doctrina de la Iglesia y, después, en las instituciones, conceptos y valores del derecho. Y donde no se comprenden estas raíces históricas, muchas partes de la ley parecen carecer de toda fuente de validez.

El Juicio Final y el purgatorio

El cristianismo heredó del judaísmo la fe en un Dios que es, al mismo tiempo, padre amoroso y juez justo: un Dios paradójico que combina la misericordia y la justicia. Por una parte, Dios castiga el mal y recompensa el bien: el hombre es responsable de sus actos ante Él. Por otra parte, se apiada de la flaqueza del hombre y le perdona todo lo que hubiera merecido por su desobediencia. Dios "no desea la muerte del pecador, sino que se aparte de su maldad y viva".[2]

El cristianismo también heredó del judaísmo la creencia de que, al término de la historia, Dios bajará a juzgar a los pueblos del mundo, incluso las almas de todos los que hayan vivido en el pasado. En el Antiguo Testamento se aguarda con júbilo al Juicio Final. Desde luego, muchos serán castigados, pero al mismo tiempo llegará la época mesiánica de paz, justicia y amor.[3] De manera similar, en la doctrina cristiana se declara que, al fin de los tiempos, Cristo volverá "a juzgar a vivos y muertos" y que esto inaugurará su reinado de paz, justicia y amor en el mundo.[4] Sin embargo, la amenaza de un castigo eterno y el correspondiente énfasis en el arrepentimiento y el perdón son más fuertes en el Nuevo Testamento que en el Antiguo. Cristo declara que al fin de la historia, "Cuando el Hijo del Hombre venga en su gloria", "serán congregadas delante de él todas las naciones", y él separará a todos los hombres en dos grupos: los que en la tierra atendieron a las necesidades de los enfermos, los hambrientos, los desnudos, los extranjeros y los presos recibirán vida eterna, mientras quienes los desdeñaron serán arrojados "al fuego eterno" y al "castigo eterno".[5]

La idea de que Dios es un juez justo, y que Cristo retornará como juez, desempeñó un papel importante en el desarrollo de los valores jurídicos de

la Iglesia de Oriente, así como la de Occidente. En los primeros siglos, cuando la Iglesia consistía principalmente en incontables pequeñas comunidades de creyentes secretos, los valores jurídicos en gran parte estaban disueltos en valores morales y religiosos. Se proclamaron altas normas de conducta y se establecieron procedimientos informales para zanjar las disputas entre cristianos, pero no se hizo ningún esfuerzo por crear un nuevo sistema jurídico cristiano. Las cuestiones relativas a la relación del derecho con la fe cristiana se hacían principalmente en función de las actitudes que los cristianos debían adoptar hacia el derecho judaico y hacia el derecho romano. La Iglesia primitiva no consideró que el derecho judaico rigiera a los cristianos gentiles, y su observancia no pareció un camino de salvación: aunque considerándose como una continuación histórica del pueblo judío, la Iglesia también abrazó a otros pueblos, cada uno con su propio derecho. No obstante, la ley bíblica (aunque no la ley rabínica) sí era obligatoria en otro sentido, es decir, como revelación de las normas morales que Dios había fijado al hombre. "Así que la ley es santa", escribió San Pablo a la Iglesia de Roma, "santo el precepto, y justo y bueno" *(Rm.* 7:12). Esto significa que los cristianos debían internalizar la ley bíblica, en sus corazones debían creer en las verdades que encarnaba y debían hacer el bien por fe, esperanza y amor, y no por órdenes o sanciones legales.

De manera similar, en los tres primeros siglos la Iglesia respetó el derecho romano, pero rechazó su autoridad absoluta. Por una parte, se creía que "[las autoridades] que existen, por Dios han sido constituidas" *(Rm.* 13:1). Por otra parte, se decía que una ley inmoral no era obligatoria en conciencia, y hasta podía ser un deber positivo desobedecerla. En realidad, el principio de desobediencia civil fue inherente a la experiencia de la Iglesia primitiva, pues el propio culto cristiano era ilegal.

De este modo, la creencia judeo-cristiana de que Dios es un juez —y también un legislador, pues la Biblia adopta una posición "activista" ante la adjudicación divina— en la Iglesia se consideró al principio relacionada casi exclusivamente con preocupaciones últimas como la naturaleza y el destino del hombre, la lucha durante su vida entre las fuerzas de la luz y las de las tinieblas, la explicación del sufrimiento humano, el sentido de la vida y de la muerte. No se hizo ningún esfuerzo —de hecho, no hubo ninguna oportunidad— de reformar la ley del Estado para ponerla en armonía con el derecho divino.

La conversión del emperador Constantino a comienzos del siglo IV y el establecimiento del cristianismo como religión oficial imperial plantearon la difícil pregunta de si el cristianismo podría contribuir al papel del gobernante como juez supremo y legislador supremo en su dominio. Esta cuestión se volvió particularmente espinosa por la idea de que el emperador era cabeza de la Iglesia y representante de Cristo en la tierra. La respuesta que se dio no fue esencialmente distinta de la ofrecida a la misma pregunta al convertirse los reyes germánicos en los siglos V, VI y VII. El cris-

tianismo fue recibido como fe apocalíptica, no como programa social. No obstante, tenía ciertas implicaciones de reforma social que no pudieron evitar ni siquiera aquellos de sus partidarios que sólo pensaban en el otro mundo. Los emperadores cristianos de Bizancio consideraron de su responsabilidad cristiana revisar las leyes, según dijeron "en dirección de una mayor humanidad".[6] Bajo la influencia del cristianismo y también de ideas estoicas y neoplatónicas adoptadas por la filosofía cristiana, se hicieron cambios: *1)* en el derecho familiar, dando a la mujer una posición de mayor igualdad ante la ley, requiriendo el consentimiento mutuo de ambos cónyuges para la validez del matrimonio, haciendo más difícil el divorcio (que para entonces era un paso hacia la liberación de la mujer) y aboliendo los poderes paternos de vida y muerte sobre los hijos *(patria potestas); 2)* en la ley de la esclavitud, dando al esclavo el derecho de apelar a un magistrado si su amo abusaba de sus poderes y hasta, en algunos casos, el derecho a la libertad si el amo era demasiado cruel, multiplicando los modos de manumisión de esclavos, y permitiéndoles adquirir derechos por parentesco con hombres libres; *3)* en la relación entre la aplicación estricta de la ley y la equidad, fortaleciendo el concepto de equidad y moderando lo estricto de las prescripciones generales, y *4)* la gran colección de leyes compilada por el emperador Justiniano y sus sucesores en los siglos VI, VII y VIII fue inspirada, en parte, por la idea de que el cristianismo exigía que el derecho fuese sistematizado, como paso necesario hacia su humanización.

El esfuerzo por eliminar del derecho todos aquellos rasgos que repugnaban a la ética cristiana sufrió, tanto en Oriente como en Occidente, la ausencia de una visión de qué tipo de orden legal requería la ética cristiana. En Occidente, antes del siglo XII, este defecto se agudizó por la ausencia de un cuerpo de derecho conscientemente sistematizado: no había una clase profesional de abogados y jueces, no había escuelas de derecho, no había bibliografía jurídica y había muy poca legislación. En términos generales, el derecho consistía, en Occidente, en normas y procedimientos consuetudinarios, y éstos se encontraban generalmente difusos en instituciones políticas, económicas y sociales. En Bizancio, por lo contrario, había una clara herencia legal, fundada en los conceptos griegos de la supremacía de la razón natural y en el sentido romano del orden. Había abogados y jueces, una bibliografía jurídica, escuelas de derecho y un desarrollado sistema de legislación y de administración. Y, sin embargo, durante casi toda la historia de Bizancio, el sistema jurídico romano estuvo en decadencia; el movimiento hacia la reforma "en dirección de mayor humanidad" careció del impulso necesario para ser eficaz. Escuelas de derecho iban y venían, y los cambios impuestos por un emperador eran anulados por el siguiente. Había poco desarrollo orgánico. El nivel del análisis jurídico de los juristas clásicos de los siglos II y III nunca fue alcanzado por sus sucesores cristianos. Justiniano prohibió que se hicieran comentarios a sus colecciones de leyes; irónicamente, cayó más o menos en el olvido cuando el lenguaje oficial del Imperio cambió del latín al griego, poco después de su muerte. Pese a su influencia generalmente humanizadora sobre el derecho, el cristianismo oriental acaso ejerciera en general un efecto negativo sobre la ciencia jurídica bizantina, pues robó al derecho romano su significado último, sin ofrecer, en cambio, otro sistema de justicia en este mundo.

Mientras el Juicio Final fue interpretado exclusivamente como la inauguración del gobierno divino en el mundo venidero, inminente o ya presente, no inspiró la creación de instituciones jurídicas paralelas para el periodo interino que vivimos en la tierra. La visión era esencialmente apocalíptica y no profética. Esto fue característico de la Iglesia del primer milenio, tanto en Oriente como en Occidente. La fe cristiana quedó representada, ante todo, en la vida monástica, donde hombres y mujeres que "habían muerto para este mundo" trataban de llevar vidas impecables en el reino celestial. La Iglesia en general no adoptó una posición crítica o reformadora hacia el mundo: se aceptó la desesperanza fundamental de la vida secular en una decadente "ciudad terrenal", y se aguardó, paciente y fielmente, el retorno del Mesías "para juzgar a vivos y muertos".

Sin embargo, en la primera parte del siglo XI la fe en el Juicio Final adquirió una nueva significación en Occidente, por el desarrollo de una creencia paralela en un juicio intermedio de las almas individuales en el momento de su muerte, y en un tiempo intermedio de "purga" entre la muerte de cada cristiano y la final venida del juez divino. El Juicio Final continuó refiriéndose al tiempo en que todas las almas que han vivido resucitarán, serán juzgadas y admitidas, en conjunto, en el reino de Dios, o bien consignadas con el demonio al castigo eterno. Sin embargo, el purgatorio fue concebido como una condición *temporal* de castigo de las almas cristianas *en particular:* habiendo sido bautizadas, estaban libres de la deuda del pecado "original" (o natural). No obstante, la justicia exigía que sufrieran castigo en el tiempo, después de la muerte, por sus pecados "personales" (o reales) no plenamente expiados durante su vida en la tierra. Salvo en casos raros, ninguna expiación en la tierra bastaba para absolver a un alma de mayor expiación después de la muerte. La expiación significaba el pago de un precio, no una reforma gradual: el alma seguía siendo culpable (en deuda) hasta haber pagado todo el precio.

En la Iglesia de Oriente no había —ni hay— una doctrina generalmente aceptada de sufrimientos expiatorios del alma después de la muerte y antes del Día del Juicio, aunque sí se hacían (y se hacen) plegarias por los difuntos.[7] También en Occidente, antes del siglo XI, la idea del purgatorio, aunque introducida desde el siglo V y reforzada por los penitenciales monásticos, no tuvo la importancia doctrinal que después llegaría a adquirir. No era parte necesaria de la fe cristiana, ni estaba claramente articulada o definida.

Poco después del año 1000 se creó, en Occidente, una nueva fiesta, llamada de los Fieles Difuntos, que aún celebran los católicos cada 2 de

noviembre, al día siguiente de Todos los Santos. (El día de Todos los Santos se celebra en Oriente y Occidente, pero los Fieles Difuntos sólo en este último, sobre todo por la Iglesia católica.) El abad de Cluny, Odilón, concibió la idea de la fiesta, y Cluny logró imponer su adopción general. Era un día para celebrar a la comunidad de todas las almas que habían vivido o que llegarían a vivir, a las que se imaginaba temblando ante el Juez el último día de la historia. Mientras tanto, las almas cristianas en la tierra y en el purgatorio se anticipaban a ese día, con oraciones pidiendo misericordia. Rosenstock-Huessy ha escrito elocuentemente acerca de esta fiesta como una visión compartida de la muerte, que unió a la cristiandad occidental.

> Las lecturas litúrgicas de los Fieles Difuntos subrayan la absoluta nada que es el hombre. El hombre es como Job, como la hierba, como una sombra. Y, sin embargo, Dios tiene tan alta opinión de él que fija Sus ojos en él y lo llama a juicio... la idea de Juicio... reveló la dignidad del hombre, su derecho de no ser arrojado al fuego como una mala yerba, sino de ser juzgado... el ejército de los soldados cristianos marcha con fe irresistible ante el Salvador que fue su compañero y hoy es su juez. El grito triunfante de la masa, por los muertos el día de los Fieles Difuntos dice: "Sé que mi Redentor vive, y yo me levantaré el Último Día".[8]

El gran himno *Dies irae* ("El día de la Ira") fue escrito en el siglo XIII para expresar los pensamientos y las emociones del día de los Fieles Difuntos. El tema que corre a través de él es el conflicto entre justicia y misericordia y su reconciliación última por el Juicio divino al fin de los tiempos.

A pesar de todo, antes del Juicio Final, el alma cristiana permanecía en el purgatorio hasta haber quedado plenamente "purgada" mediante el sufrimiento. Los castigos del purgatorio eran aplicados a todos los cristianos, salvo a los poquísimos que estaban en el cielo (los santos) o en el infierno (los impenitentes), y en el purgatorio cada quien era castigado, cualquiera que fuese su rango, en proporción a sus pecados. Como el Juicio Final era una gran democracia universal, así también el purgatorio fue concebido como una gran democracia cristiana. En el vívido relato de Dante Alighieri (1265-1321), papas y emperadores padecían ahí junto con siervos y ladrones. El único principio que distinguía el destino de uno y de otro, era la asignación del castigo, según la gravedad de sus pecados personales.

La idea de un Juicio Final presupone que la vida es más que un simple flujo, que tiene un propósito... y, más que ello, que el hombre es responsable de la realización de ese propósito. Toda nuestra vida en la tierra es algo de lo que debemos dar cuenta en el Juicio Final. Pero la cuenta no procede, necesariamente, según un elaborado sistema de reglas y normas. En cambio, la idea del purgatorio sí presupone que la cuenta procede a un elaborado sistema de reglas y normas. Los pecados individuales serán sopesados, y las penas del purgatorio serán asignadas de acuerdo con la gravedad de cada pecado. Más aún, la Iglesia, y más específicamente el papa,

tienen dominio sobre el purgatorio. El papa administra el llamado Tesoro de Méritos; puede distribuir los méritos en el purgatorio equivalentes al periodo de penitencia que se requeriría en la tierra para expiar los pecados del penitente... empero, siempre que el alma del penitente se encuentre en el mismo estado en que se habría encontrado si hubiese hecho la penitencia requerida. Esto significa, en efecto, que el tiempo que se va a pasar en el purgatorio puede reducirse por decisión clerical.[9] Con el surgimiento de la monarquía papal a fines del siglo XI, el Concilio de Clermont, presidido por el papa Urbano II, otorgó la primera "indulgencia plenaria", absolviendo a todo el que fuera a la primera cruzada de todo castigo en el purgatorio por los pecados cometidos antes de su reclutamiento en el santo ejército de los cruzados.

La liturgia del día de los Fieles Difuntos y la doctrina del purgatorio ofrecen un eslabón importante entre la teología y la jurisprudencia en el cristianismo occidental. Antes, el pecado había sido interpretado como un estado de enajenamiento, una disminución del ser personal; ahora fue visto, en términos jurídicos, como actos o deseos de pensamientos específicamente malos, por los que debían pagarse diversos castigos en sufrimiento temporal, en esta vida o en la próxima. La interpretación más fundamental del pecado como separación de Dios y del prójimo llegó a desempeñar un papel secundario. ¿Qué actos o pecados o pensamientos pecaminosos específicos habían de ser castigados, y con qué tipos o grados de sufrimientos temporales? Eso quedaría establecido básicamente por la ley moral revelada por Dios, primero en sus Escrituras (derecho divino) y en segundo lugar en los corazones y las mentes de los hombres (derecho natural); pero además, esto debía quedar definido por unas leyes positivas de la Iglesia. Estas leyes eclesiásticas habían de derivarse del derecho divino, y ser puestas a prueba por él.

Con el tiempo, la legalización, por decirlo así, de la vida después de la muerte dio por resultado una considerable pérdida de importancia del propio Juicio Final. Se sacó la implicación lógica de que todos los que estaban en el purgatorio quedarían, de hecho, purgados de su culpa. Habiendo pagado todo el precio, automáticamente entrarían en el Reino de los Cielos. Así, se supuso que la vindicación de la ley debía tener un final feliz. Sin embargo, por la misma razón, quienes decidieran mantenerse fuera del sistema —los cristianos impenitentes y también aquellos infieles que conscientemente habían rechazado el cristianismo— quedaban condenados a castigo eterno desde el momento de la muerte. De este modo, el papel de Dios en el Juicio Final se volvió un papel ministerial, al menos con respecto a las almas de todos los que murieran antes de la Segunda Venida de Cristo. El hombre empezaba a ocupar el centro del escenario. Su libre albedrío iba convirtiéndose en el factor determinante de su avance hacia la salvación. El camino pasaba por un sistema de castigos y recompensas que se extendía de este mundo al próximo, hasta alcanzar la meta final.

El sacramento de la penitencia

La nueva visión del purgatorio, que ejerció tan poderosa influencia sobre la imaginación religiosa de Occidente en los siglos XI y XII y después, fue acompañada por importantes avances litúrgicos relacionados con el sacramento de la penitencia. Antes del siglo XI la penitencia en Occidente, como en Oriente, consistía por lo esencial en obras penitenciales que conducían a la reconciliación del penitente con Dios, con la comunidad de los fieles y con aquellos a quienes hubiese ofendido.[10] Entonces sólo ocasionalmente se le llamaba sacramento, pero en el curso de los siglos XI y XII se le empezó a llamar así regularmente y, al mismo tiempo, el centro focal de su carácter sacramental se apartó de los actos de reconciliación. Empezó a bastar que el penitente confesara sus pecados a un sacerdote con auténtica contrición para obtener la absolución del castigo eterno en el infierno al que todo cristiano estaba expuesto después de la muerte por los pecados mortales no confesados y de los que no se hubiese arrepentido. El sacerdote solía insistir, asimismo, en que el penitente aceptara realizar ciertas obras penitenciales en el futuro. Éstas ayudarían a expiar el castigo temporal, tanto en esta vida como después de la muerte, en el purgatorio, al que cada cristiano estaba expuesto por sus pecados veniales, así como por los pecados mortales de que se hubiese confesado y arrepentido.

Aunque el sacramento se seguía llamando "penitencia" *(poenitentia)*, las obras penitenciales, aplazadas y hasta ese punto disociadas de la contrición, la confesión y la absolución, por vez primera fueron expresamente identificadas con la "pena" *(poena)* por anteriores actos pecaminosos. El principal escrito del siglo XI acerca del tema, *Sobre la penitencia verdadera y la falsa*, que ejerció poderosa influencia sobre ulteriores escritos teológicos y jurídicos, identifica la *poenitentia* con el *poenam tenere*, "pasar por un castigo".[11] Dice el autor: "Hablando propiamente, el castigo *(poena)* es una lesión *(laesio)* que castiga y que venga *(vindicat)* lo que uno comete... la penitencia *(poenitentia)* es por tanto una venganza *(vindicatio)*, que siempre castiga en nosotros lo que lamentamos haber hecho".[12] Éste fue un importante cambio de dirección que se apartaba del anterior sentido de la penitencia como acto de contrición que simbolizaba un alejamiento del pecado y un acercamiento a Dios y al prójimo.

Se dijo que la capacidad de absolver del sacerdote se derivaba de que Cristo entregó a San Pedro "las llaves del Reino de los Cielos; y lo que ates en la tierra quedará atado en los cielos, y lo que desates en la tierra quedará desatado en los cielos" *(Mt.* 16:19). Esto se había interpretado, al principio, sólo como el poder de imponer o de perdonar el castigo eterno. En cambio, en los siglos XI y XII se dijo que el poder de imponer castigo en forma de obras penitenciales se derivaba de la misma fuente: por medio de la confesión, el castigo eterno podría convertirse en castigo temporal.[13]

Ello distaba mucho de la penitencia "carismática" de Oriente, con su insistencia en la curación y el consejo espiritual;[14] también estaba muy apartado de la disciplina penitencial que se había practicado en los conventos de Occidente (y que también se había extendido fuera de ellos), en los siglos VI a XI, pues aquella disciplina anterior había sido mucho menos formal y había retenido en mucho mayor grado su carácter "oriental". También en ese periodo anterior, la disciplina penitencial era enteramente local y variaba de un lugar a otro. Mientras que en Oriente, como en el periodo anterior en Occidente, el sacerdote invocaba la compasión divina pero no podía declarar por sí mismo que el pecador quedaba absuelto, después de la Revolución papal se introdujo en Occidente una fórmula nueva: *Ego te absolvo* ("Yo te absuelvo"). Al principio esto fue interpretado como la certificación de la acción de Dios, por el sacerdote, resultante de la contrición y la confesión. En cambio, en el siglo XII se le interpretó en el sentido de que tenía un efecto activo, es decir, sacramental, además de declarativo.[15]

El sacramento de la eucaristía

En los siglos XI y XII quedó rigurosamente definida y sistematizada la conmemoración de la eucaristía o Última Cena; al mismo tiempo, se elevó su importancia hasta llegar a ser el sacramento cristiano básico, el símbolo principal de pertenencia a la Iglesia.

El significado de la eucaristía empezó a ser acaloradamente discutido durante los decenios de 1050 y 1060, cuando Lanfranco, por entonces jefe de la Abadía de Bec, en Normandía, y después arzobispo de Cantorbery en tiempos de Guillermo *el Conquistador*, desafió la interpretación ofrecida por el jefe de una escuela monástica rival, Berengario de Tours. La fama de Berengario se basa principalmente en su persistencia al defender sus opiniones durante cerca de treinta años, no sólo contra Lanfranco, sino contra todo el partido papista, incluyendo al papa Gregorio VII. Berengario sostuvo que la eficacia del sacramento, su poder dador de gracia no depende de la transformación del pan; el pan, sostuvo, sigue siendo pan, pero también es la "figura" y la "semejanza" de Cristo, cuando se le ofrece y se le recibe de la manera adecuada. Lanfranco, utilizando las categorías aristotélicas de sustancias y accidentes, persuadió al Primer Concilio Lateranense de denunciar las ideas de Berengario y de afirmar que en el sacramento la sustancia del pan es transformada milagrosamente en el "verdadero" cuerpo de Cristo en el momento de ser consagrado.[16] Teóricamente, nadie tiene que participar más que el sacerdote. Al siglo siguiente, la teoría de Lanfranco —llamada después la "transustanciación"— fue expresada litúrgicamente por la introducción del ritual de la elevación de la hostia: antes de levantar el pan, las palabras ceremoniales "Éste es mi

También en el siglo XII se llegó a exigir gradualmente a los laicos, que hasta entonces muy rara vez participaban en el sacramento de la eucaristía, que lo tomaran anualmente en la época de Pascua, y que fuese precedido por el de la penitencia. Para 1215, el Cuarto Concilio Lateranense aplicó universalmente, este requerimiento, a todos los cristianos. La eucaristía (Sagrada Comunión) se convirtió en signo de pertenencia a la Iglesia como cuerpo de los fieles; y la excomunión, o sea la privación del derecho de tomar la comunión, se volvió el principal medio de expulsión de la Iglesia.

Es evidente la relación de estos cambios de la doctrina litúrgica y el ritual con la Revolución papal con las nuevas prerrogativas del sacerdocio.[18] A este respecto, una vez más, nos servirá considerar la liturgia de la Iglesia de Oriente. En esa Iglesia, hoy, como en Occidente a fines del siglo XI y en el XII, no es la eucaristía, sino el bautismo, el que se considera el más importante de los sacramentos.[19] El bautismo es allí el gran misterio cristiano en que el hombre, de una vez por todas, muere para sí mismo, renuncia al mal y renace como ciudadano del reino celestial. Es el bautismo, ante todo, el que salva a los hombres de los demonios y de la muerte. Las doctrinas de la "transustanciación" y de la "presencia real" fueron adoptadas por muchos teólogos de Oriente en el siglo XVIII y después, pero nunca han desempeñado un papel central en el pensamiento oriental. Más aún: la liturgia de la eucaristía en la Iglesia de Oriente, como en Occidente antes de los siglos XI y XII, no está relacionada con la participación en una Iglesia visible y corporativa, sino con una hermandad comunal con Cristo resucitado.[20]

También fue durante los siglos XI y XII cuando por vez primera quedó sumamente ritualizada la celebración de la eucaristía en Occidente. Además, el número de los sacramentos, que hasta entonces había sido ilimitado, se redujo a siete, sujeto cada uno a sus propias reglas litúrgicas.[21] Estos avances también fueron relacionados con el establecimiento de la correspondiente estructura jurídica de la Iglesia. Los sacramentos no eran válidos si no se celebraban correctamente, y su correcto desarrollo por lo general requería los oficios expertos de la jerarquía eclesiástica (el matrimonio fue una excepción, hasta el siglo XVI). Se decía que un sacramento era eficaz *ex proprio vigore* ("por su propia fuerza") si era celebrado correctamente por una persona autorizada. De este modo, en el caso de la eucaristía, la presencia de Dios, fuente de la gracia, se consideraba realizada por las palabras y los actos de la consagración, y no por una invocación del Espíritu Santo, como en la Iglesia de Oriente entonces y ahora.

La nueva teología: la doctrina de la expiación de San Anselmo

Con base en estas metáforas y analogías se formaron conceptos, primero en la teología y luego en el derecho.

También fue en el mismo siglo decisivo de la Revolución papal, aproxi-

madamente entre 1050 y 1150, cuando surgieron por vez primera en Europa occidental los grandes sistematizadores de la doctrina cristiana, teólogos en el sentido moderno: San Anselmo (1033-1109), el gran sucesor de Lanfranco en Bec y en Cantorbery; Pedro Abelardo (1079-1142); Pedro Lombardo (1100-1160), y muchos otros. En realidad, el propio término "teología" fue aplicado por primera vez por Abelardo al estudio sistemático de la prueba de la naturaleza de la divinidad.

Desde luego, estos hombres edificaron sobre las obras de pensadores anteriores, incluso los Padres de la Iglesia, especialmente San Agustín (345-430), y algunos sobresalientes escritores occidentales del periodo siguiente. Sin embargo, ellos transformaron esas obras de manera fundamental.[22] Para los antiguos pensadores, incluso San Agustín, "teología" había significado sabiduría divina, reflexión, en la plegaria, sobre el significado de las Sagradas Escrituras, o, más precisamente, la intuición mística de Dios y de sus atributos; en menor grado, también había significado la interpretación de los decretos de los concilios eclesiásticos y de los obispos, en especial con respecto a los sacramentos. En el nuevo sentido, la teología, es decir, como análisis y síntesis objetiva y racional de los artículos de la fe y de la prueba de su validez, empezó con los escritos de San Anselmo, especialmente con su prueba ontológica de la existencia de Dios (escrita por el año 1078) y su demostración "por la sola razón" de la necesidad de la encarnación (escrita alrededor de 1097). Una generación después, la nueva teología recibió un importante impulso, en el uso dado por Abelardo al método dialéctico de reconciliar contradicciones en textos que eran autoridad; así fue posible explicar las paradojas de la fe cristiana, de una manera que pretendía ser convincente a la razón y, sin embargo, congruente con la revelación. Por último, cerca del año 1150, Pedro Lombardo, quien había sido discípulo de Abelardo, escribió los *Libri sententiarum (Libros de sentencias)*, primer tratado completo de teología sistemática; éste siguió siendo el principal libro de texto teológico de Occidente aun después que Santo Tomás de Aquino, más de un siglo después, escribiera su *Summa Theologica*.

La revolución de la teología que acompañó a la revolución de la ciencia jurídica se basó en una división analítica entre la razón y la fe y, en particular, en la idea de que era posible demostrar por la pura razón lo que se había descubierto por medio de la fe, gracias a la revelación divina. Ésta fue la premisa de la prueba de la existencia de Dios dada por San Anselmo, el *Proslogion*, a la que subtituló *fides quaerens intellectum* ("la fe busca el entendimiento"), y en que proclamó el que había sido gran lema de su época: *Credo ut intelligam* ("Creo para poder comprender").[23] Para Anselmo "comprender" significaba entender con el intelecto, conocer las razones y ser capaz de probar. La demostración racional fue considerada importante por sí misma y como medio de persuadir a los incrédulos pero, ante todo, como medio de mantener la congruencia —y por tanto, la validez— del dogma cristiano.

Se ha dicho —por ejemplo, por Karl Barth— que en opinión de Anselmo la prueba racional significaba una prueba peculiar del objeto de la fe; y, por tanto, si el creyente quería hablar racionalmente a los incrédulos, debía dirigirse a ellos como si compartieran las mismas creencias teológicas. Esta interpretación pasa por alto el hecho de que Anselmo aplicó las mismas normas de prueba a la existencia de Dios o a la necesidad de su encarnación en Cristo, que fueron aplicadas por entonces —por él y algunos más— a otros fenómenos de la experiencia. La *ratio* aplicada por Anselmo a los misterios divinos no era, de hecho, peculiar a esos misterios. Era la *ratio* de los conceptos jurídicos feudales de satisfacción del honor y de los conceptos jurídicos canónicos de castigo por un delito. Estos conceptos fueron presentados como verdades objetivas, abiertas al entendimiento de las mentes racionales de incrédulos tanto como de creyentes.

Al tratar científicamente, por decirlo así, lo que hasta entonces se había considerado como misterio divino, cognoscible sólo cuando la razón estaba plenamente integrada a la intuición, la experiencia y la fe, los "racionalistas" de los siglos XI y XII fueron impulsados a la objetivación de categorías generales de pensamiento. Ésta fue la época no sólo de los realistas que creían que la justicia, la verdad, la humanidad, la rectitud, el pecado y otros valores universales tenían una existencia independiente, sino también de los nominalistas, quienes, aunque insistieran en que los universales sólo existen en la razón, igualmente se vieron obligados, por las condiciones mismas de la discusión, a tratarlos *como si* tuviesen una existencia objetiva. Según los nominalistas, la justicia y el pecado, por ejemplo, eran categorías creadas por el hombre, simples ideas, y no realidades externas. Sin embargo, podían ser estudiadas por la inteligencia, con la misma racionalidad y, en ese sentido, objetividad, que otros fenómenos. Los nominalistas no dijeron, como lo dijo la Iglesia de Oriente, y como se había dicho antes del siglo XI en Occidente, que justicia y pecado no debían ser interpretados como universales, sino como manifestaciones de la lucha entre Dios y el demonio por el alma de cada hombre. En Oriente, el pecado fue personificado, no conceptualizado. También la anterior teología occidental, aunque en general adherida a la idea platónica de la existencia objetiva de las ideas, no había logrado separar el pecado universal —salvo por una personificación— de los pecadores particulares en que se encontraba. El pecado no fue considerado como una entidad, sino antes bien como una relación entre el hombre y Dios. Más aún, el Hombre con "H" mayúscula —Adán— no pareció disociable de hombres y mujeres individuales. Ni la humanidad ni el pecado fueron vistos como realidad universal y objetiva que existiera aparte de sus manifestaciones concretas.

Anselmo, por lo contrario, se preocupó en sus escritos por convertir los misterios de la fe cristiana en una lógica comprensible y convincente para un intelecto religiosamente neutral. Su prueba de la existencia de Dios fue, esencialmente, una prueba de que los procesos mentales mismos del hombre presuponen la existencia de una bondad absoluta. Su esfuerzo ulterior y mucho más audaz por probar la necesidad de la encarnación llegó aún más lejos: trató de demostrar por lógica que el destino mismo del hombre es un reflejo de la estructura moral y jurídica del universo.

En *Cur deus homo (Por qué Dios se hizo hombre)*, Anselmo se propuso probar "por razones necesarias" y "por la sola razón", aparte de la revelación —*Christo remoto* ("Cristo a un lado")— que el sacrificio del Hijo de Dios era el único medio posible por el cual se podía expiar el pecado humano.[24] El argumento, en los términos más breves posibles, era así: Dios creó al hombre para la bienaventuranza eterna. Esta bienaventuranza exige que el hombre someta libremente su voluntad a Dios. Sin embargo, el hombre decidió desobedecer a Dios, y su pecado de desobediencia es transmitido a todos, por herencia. La justicia exige que o bien el hombre sea castigado de acuerdo con su pecado, o bien que dé satisfacción por haber deshonrado a Dios. En cuanto al castigo, ninguno sería adecuado; por lo menos, el hombre tendría que abandonar la bienaventuranza para la que fue creado, y sin embargo, eso sólo volvería a frustrar el propósito de Dios. En cuanto a satisfacción, no hay nada que el hombre pueda ofrecer a Dios que fuese lo bastante valioso para restaurar su honor. Así, el hombre, aunque deba hacerlo, no puede expiar su pecado. Dios puede (ya que lo puede todo), pero no debe hacerlo. Y como sólo Dios puede y sólo el hombre debe hacer una ofrenda que diera satisfacción, debe ser hecha por un Hombre-Dios. Por tanto, es necesario el Hombre-Dios, Jesucristo, quien puede y debe sacrificarse a sí mismo y pagar el precio del pecado, reconciliar al hombre con Dios y restaurar la creación a su propósito original.

La teoría de la expiación de Anselmo, aunque nunca fuese oficialmente adoptada por la Iglesia, llegó a ser la idea predominante en Occidente no sólo en los siglos XII a XV, sino también (con modificaciones) en tiempos ulteriores, y no sólo en el pensamiento católico romano, sino también (con modificaciones) en el protestante. Además, fue esta teoría la que primero dio a la teología occidental su carácter distintivo y su conexión distintiva con la jurisprudencia occidental.

La teoría, aunque acaso no fuese conscientemente intentada como tal, era de hecho una explicación del desarrollo litúrgico contemporáneo: la exaltación del sacramento de la eucaristía como el principal sacramento cristiano, y la interpretación de la eucaristía como experiencia de la presencia auténtica del Cristo crucificado.

Una vez más, esta nueva doctrina de la expiación puede contrastarse con la doctrina y la liturgia de la Iglesia cristiana de Oriente, que es esencialmente similar a la que prevalecía en Occidente antes de la Revolución papal. Para la Iglesia de Oriente, la crucifixión no tenía entonces y aún no tiene otro significado aparte de la resurrección. La expiación se considera parte de un continuo de encarnación-crucifixión-resurrección: litúrgicamente, la resurrección es parte central hasta de la celebración de la Última

Se ha dicho —por ejemplo, por Karl Barth— que en opinión de Anselmo la prueba racional significaba una prueba peculiar del objeto de la fe; y, por tanto, si el creyente quería hablar racionalmente a los incrédulos, debía dirigirse a ellos como si compartieran las mismas creencias teológicas. Esta interpretación pasa por alto el hecho de que Anselmo aplicó las mismas normas de prueba a la existencia de Dios o a la necesidad de su encarnación en Cristo, que fueron aplicadas por entonces —por él y algunos más— a otros fenómenos de la experiencia. La *ratio* aplicada por Anselmo a los misterios divinos no era, de hecho, peculiar a esos misterios. Era la *ratio* de los conceptos jurídicos feudales de satisfacción del honor y de los conceptos jurídicos canónicos de castigo por un delito. Estos conceptos fueron presentados como verdades objetivas, abiertas al entendimiento de las mentes racionales de incrédulos tanto como de creyentes.

Al tratar científicamente, por decirlo así, lo que hasta entonces se había considerado como misterio divino, cognoscible sólo cuando la razón estaba plenamente integrada a la intuición, la experiencia y la fe, los "racionalistas" de los siglos XI y XII fueron impulsados a la objetivación de categorías generales de pensamiento. Ésta fue la época no sólo de los realistas que creían que la justicia, la verdad, la humanidad, la rectitud, el pecado y otros valores universales tenían una existencia independiente, sino también de los nominalistas, quienes, aunque insistieran en que los universales sólo existen en la razón, igualmente se vieron obligados, por las condiciones mismas de la discusión, a tratarlos *como si* tuviesen una existencia objetiva. Según los nominalistas, la justicia y el pecado, por ejemplo, eran categorías creadas por el hombre, simples ideas, y no realidades externas. Sin embargo, podían ser estudiadas por la inteligencia, con la misma racionalidad y, en ese sentido, objetividad, que otros fenómenos. Los nominalistas no dijeron, como lo dijo la Iglesia de Oriente, y como se había dicho antes del siglo XI en Occidente, que justicia y pecado no debían ser interpretados como universales, sino como manifestaciones de la lucha entre Dios y el demonio por el alma de cada hombre. En Oriente, el pecado fue personificado, no conceptualizado. También la anterior teología occidental, aunque en general adherida a la idea platónica de la existencia objetiva de las ideas, no había logrado separar el pecado universal —salvo por una personificación— de los pecadores particulares en que se encontraba. El pecado no fue considerado como una entidad, sino antes bien como una relación entre el hombre y Dios. Más aún, el Hombre con "H" mayúscula —Adán— no pareció disociable de hombres y mujeres individuales. Ni la humanidad ni el pecado fueron vistos como realidad universal y objetiva que existiera aparte de sus manifestaciones concretas.

Anselmo, por lo contrario, se preocupó en sus escritos por convertir los misterios de la fe cristiana en una lógica comprensible y convincente para un intelecto religiosamente neutral. Su prueba de la existencia de Dios fue, esencialmente, una prueba de que los procesos mentales mismos del hombre presuponen la existencia de una bondad absoluta. Su esfuerzo ulterior y mucho más audaz por probar la necesidad de la encarnación llegó aún más lejos: trató de demostrar por lógica que el destino mismo del hombre es un reflejo de la estructura moral y jurídica del universo.

En *Cur deus homo (Por qué Dios se hizo hombre)*, Anselmo se propuso probar "por razones necesarias" y "por la sola razón", aparte de la revelación —*Christo remoto* ("Cristo a un lado")— que el sacrificio del Hijo de Dios era el único medio posible por el cual se podía expiar el pecado humano.[24] El argumento, en los términos más breves posibles, era así: Dios creó al hombre para la bienaventuranza eterna. Esta bienaventuranza exige que el hombre someta libremente su voluntad a Dios. Sin embargo, el hombre decidió desobedecer a Dios, y su pecado de desobediencia es transmitido a todos, por herencia. La justicia exige que o bien el hombre sea castigado de acuerdo con su pecado, o bien que dé satisfacción por haber deshonrado a Dios. En cuanto al castigo, ninguno sería adecuado; por lo menos, el hombre tendría que abandonar la bienaventuranza para la que fue creado, y sin embargo, eso sólo volvería a frustrar el propósito de Dios. En cuanto a satisfacción, no hay nada que el hombre pueda ofrecer a Dios que fuese lo bastante valioso para restaurar su honor. Así, el hombre, aunque deba hacerlo, no puede expiar su pecado. Dios puede (ya que lo puede todo), pero no debe hacerlo. Y como sólo Dios puede y sólo el hombre debe hacer una ofrenda que diera satisfacción, debe ser hecha por un Hombre-Dios. Por tanto, es necesario el Hombre-Dios, Jesucristo, quien puede y debe sacrificarse a sí mismo y pagar el precio del pecado, reconciliar al hombre con Dios y restaurar la creación a su propósito original.

La teoría de la expiación de Anselmo, aunque nunca fuese oficialmente adoptada por la Iglesia, llegó a ser la idea predominante en Occidente no sólo en los siglos XII a XV, sino también (con modificaciones) en tiempos ulteriores, y no sólo en el pensamiento católico romano, sino también (con modificaciones) en el protestante. Además, fue esta teoría la que primero dio a la teología occidental su carácter distintivo y su conexión distintiva con la jurisprudencia occidental.

La teoría, aunque acaso no fuese conscientemente intentada como tal, era de hecho una explicación del desarrollo litúrgico contemporáneo: la exaltación del sacramento de la eucaristía como el principal sacramento cristiano, y la interpretación de la eucaristía como experiencia de la presencia auténtica del Cristo crucificado.

Una vez más, esta nueva doctrina de la expiación puede contrastarse con la doctrina y la liturgia de la Iglesia cristiana de Oriente, que es esencialmente similar a la que prevalecía en Occidente antes de la Revolución papal. Para la Iglesia de Oriente, la crucifixión no tenía entonces y aún no tiene otro significado aparte de la resurrección. La expiación se considera parte de un continuo de encarnación-crucifixión-resurrección: litúrgicamente, la resurrección es parte central hasta de la celebración de la Última

Cena. El cristiano "muere y resucita con Cristo". Y Cristo es, ante todo, el vencedor de la muerte. En la teología católica de San Anselmo, en cambio, y en la teología católica romana de los siglos XI y XII, la redención fue principalmente identificada con la crucifixión.[25] La resurrección se explicaba como secuencia necesaria de la crucifixión. Y Cristo era, ante todo, el vencedor del pecado.

La notable diferencia entre estas concepciones tan interrelacionadas de la misión de Cristo se manifestó en el arte religioso. Desde los siglos XI y XII el arte religioso católico, ha insistido en Cristo en la cruz, y en el vía crucis. En contraste, los iconos de la Iglesia de Oriente han mostrado típicamente a Cristo resucitado, "pisoteando al demonio y su ejército, levantando a Adán y Eva y librando de lazos a los patriarcas".[26] De manera similar, las figuras occidentales de Cristo anteriores al siglo XI, aunque lo muestren en la cruz, casi invariablemente lo habían presentado en toda su majestad, gobernante celestial además de redentor.[27]

Más aún, el arte cristiano de Oriente ha reflejado la teología de la Iglesia de Oriente, y también la teología de Occidente entre los siglos VI y X, con su realce en la trascendencia (u "otro mundo", como se le llamó en Occidente). Es una teología centrada en el cielo, en el "ascenso al infinito" del hombre, en una deificación del hombre. El énfasis se hace en Dios Padre, el Creador. Cristo ha enseñado a la humanidad el camino para llegar a Él. Los iconos lo reflejan. Pero la teología occidental de los siglos XI y XII hizo hincapié en la segunda persona de la Trinidad, en la encarnación de Dios en este mundo, en el Dios redentor. La humanidad de Dios en Cristo pasó a ocupar el centro del escenario, lo que se reflejó en la enmienda papal del Credo de Nicea al proclamar que el Espíritu Santo "procede" no sólo "del Padre", sino también "del Hijo" *(filioque)*.[28] Dios Padre, representante de toda la creación, del orden cósmico, encarna en Dios Hijo, que representa a la humanidad. Por la cláusula de *filioque*, Dios Espíritu Santo, identificado en el Credo de Nicea con la Iglesia, tiene su fuente no sólo en la Primera Persona, sino también en la Segunda Persona de la Trinidad: no sólo en la creación, sino también en la encarnación y en la redención.

De este modo, la Iglesia fue vista menos como la comunión de los santos en el cielo y más como la comunidad de los pecadores en la tierra. El propio racionalismo fue expresión de la creencia en la encarnación de los misterios divinos en conceptos y teorías humanos. Y Dios no sólo pareció trascendente, sino también inmanente. Esto se reflejó en las pinturas más "realistas" de la Sagrada Familia, así como en la arquitectura gótica, que fue el gran símbolo artístico de la nueva época en Occidente.

No fue la trascendencia como tal, ni la inmanencia como tal, la directamente vinculada con la racionalización y sistematización del derecho y la legalidad en Occidente, sino la encarnación, interpretada como el proceso por el cual lo trascendente se vuelve inmanente. No es casual que el cristianismo, el judaísmo y el Islam, que postulan, los tres, una separación

radical y a la vez una interconexión radical entre Dios y el hombre, también postulen que Dios es juez y legislador, y que el hombre es gobernado por el derecho divino. No obstante, los rasgos distintivos de los conceptos occidentales del derecho humano que surgieron en los siglos XI y XII —en contraste no sólo con los conceptos judaicos e islámicos, sino también con los de la cristiandad oriental— están relacionados con el mayor énfasis occidental en la encarnación como realidad central del universo. Esto liberó una enorme energía para la redención del mundo; y, sin embargo, separó lo jurídico de lo espiritual, lo político de lo ideológico.

La concepción de la expiación, según Anselmo, fue un mito perfecto para la nueva teología. Hacía hincapié en la humanidad de Dios Hijo, quien sufrió muerte como propiciación por el pecado y así justificó que Dios perdonara y al mismo tiempo diera al hombre la capacidad de aceptar el perdón y, por tanto, la capacidad de ser redimido.

Consecuencias jurídicas de la doctrina de la expiación

La teoría de Anselmo también echó las bases de la nueva jurisprudencia. Lo hizo al responder a la pregunta de por qué se necesitan satisfacción o castigo, por qué Dios, en su misericordia, no puede perdonar libremente al hombre por pura gracia. La respuesta fue que esto habría dejado sin corregir esa perturbación del orden del universo causada por el pecado, y que un desorden no corregido habría sido una deficiencia de la justicia. El justo orden del universo, la *iustitia* o rectitud de Dios, exige que se pague el precio. La misericordia, dijo Anselmo, es hija de la justicia; se deriva de la justicia y no puede actuar sin la justicia.[29] Es la misericordia de Dios la que deja vivir al hombre y la que, en realidad, le ofrece la redención, aunque el hombre haya traicionado a sabiendas la sagrada confianza del Paraíso. Pero Dios no actúa arbitrariamente; su misericordia está sometida a su justicia, así como su justicia está sometida a su rectitud, a su "recto ordenamiento".

Resulta interesante comparar este lenguaje con el de *Sobre la penitencia verdadera y la falsa*, escrito tal vez 40 o 50 años antes del *Cur Deus homo*, y bien conocido de Anselmo. Aquella obra sigue la antigua tradición teológica y moral (y también la tradición cristiana de Oriente) de negarse a subordinar la clemencia de Dios a su justicia, o su justicia a su clemencia. Escribe el autor: "Pues Dios es misericordioso y justo, conservando la misericordia en la justicia, y también la justicia en la misericordia". "El justo [juez] debe ser justamente misericordioso." "Debe tener misericordia con justicia... y justicia en la misericordia."[30] Y, sin embargo, el autor distingue entre justicia y misericordia en su análisis del castigo. "Pues sólo la justicia condena", escribe.[31] Más adelante ataca "el error de quienes conciben el perdón sin penitencia", es decir, sin castigo, porque, en efecto, justifican el mal y dan una "li-

cencia al pecado".[32] La justicia de Dios no se abaratará de este modo. Así, la nueva teoría de la "penitencia verdadera y la falsa" allanó el camino al argumento de Anselmo de que el orden racional del universo exige que el pecado siempre encuentre castigo.[33]

A menudo se ha acusado a Anselmo de adoptar una visión "legal" o "legalista" de la expiación. También se le ha defendido contra este cargo diciendo que sus normas de justicia *(iustitia)* son esencialmente morales, y no jurídicas.[34] Ninguna de estas dos ideas es totalmente adecuada. Sin duda, Anselmo no era legalista en el sentido de que se preocupara por los tecnicismos de un derecho divino del pecado y la penitencia, o del crimen y el castigo. Para él, como para sus predecesores, *iustitia* era la palabra empleada para el término bíblico que se traduce como "rectitud". Anselmo se interesaba por explorar el carácter fundamental de la rectitud de Dios.

No menos se preocupaba, sin embargo, por el modo en que la justicia o rectitud de Dios se manifiesta en hechos y normas específicos. No estaba dispuesto a sacrificar una decisión o regla particular, derivada de la justicia, en aras de un principio incongruente, por muy atractivo que fuese. En *Cur Deus homo*, el discípulo de Anselmo es llevado a decir: "Si Dios sigue el método de la justicia, no hay escape para un miserable pecador; y la misericordia de Dios parece perecer". Replica Anselmo: "Pediste razón, ahora, acepta la razón".[35] Por muy grande que Anselmo concibiera a la justicia, la razón exigía que se detuviera ante el límite de la gracia. Dios está atado por su propia justicia. Si es divinamente justo que un hombre pague el precio de sus pecados, sería injusto —y por tanto imposible— que Dios le perdonara el precio. En *Cur Deus homo*, la teología de Anselmo es una teología de derecho.[36]

Antes de la época de Anselmo (y todavía hoy en la Iglesia de Oriente), se habría considerado erróneo analizar de esta manera la justicia de Dios. Se habría dicho, ante todo, que estos misterios últimos no caben en los conceptos y construcciones del intelecto humano; que la razón es inseparable de la fe: una de ellas no es sirviente de la otra, sino que, antes bien, ambas son indivisibles; y que todo el ejercicio de una teología del derecho es una contradicción de términos. En segundo lugar, se habría dicho que no sólo ni en primer término es la justicia divina la que establece nuestra relación con Dios, sino, básicamente, su gracia y su misericordia; que son su gracia y su misericordia, y no sólo su justicia, las que explican la crucifixión, ya que con ella fue rescatada la humanidad del poder del demonio y los demonios de la muerte: el mismo poder que para empezar había procurado la muerte de Cristo pero que luego fue finalmente conquistado por medio de la resurrección.

De hecho, la ortodoxia de Oriente nunca desarrolló teorías sobre méritos, satisfacción, purgatorio y obras supererogatorias. Tales teorías fueron consideradas legalistas en Oriente. También fue rechazada la doctrina de la condenación eterna. El pecado fue visto, básicamente, como el estado

caído del alma de una persona, no como un acto cometido violando el derecho divino. Ideas similares prevalecieron en la cristiandad germánica antes de la Revolución papal.

Así vista desde una perspectiva anterior (y hoy desde una perspectiva oriental), la teoría de Anselmo es legal en el sentido de que explica el sufrimiento humano y el perdón divino en función de un solo marco de justicia y recto ordenamiento. El sufrimiento humano es interpretado como el precio pagado por la desobediencia del hombre y, lo que es más fundamental, la remisión del castigo eterno por Dios, pese al mal infinito que el hombre le ha hecho, se vuelve justa, se vuelve legal, por el único sacrificio posible conmensurable con el pecado. De este modo se explicaba la redención, esencialmente como una transacción legal.

Fuentes teológicas del derecho penal de Occidente

La teoría de Anselmo de que se requería satisfacción porque el hombre había deshonrado a Dios reflejó los conceptos jurídicos prexistentes, más que los nuevos que pronto se le impondrían. Anselmo concibió la satisfacción como el tipo de auto-humillación con que un siervo aplaca a un señor a quien ha deshonrado. El sacrificio de Cristo no fue presentado —como lo sería más tarde, sobre todo después de la Reforma— como castigo por un delito (siendo Cristo el sustituto), sino como una penitencia en el sentido antiguo, es decir, en el sentido de obras de contrición, que conducían a una reconciliación de la víctima con el ofensor.[37] Dado que Cristo, como representante del hombre, se había ofrecido a sí mismo como propiciación por el pecado del hombre, quedó restaurado el honor de Dios, que así pudo reconciliarse con el hombre. Esto expresó un *leitmotiv* del derecho penal entre los pueblos de Europa en el periodo anterior a fines del siglo XI. Por lo general, el delito no era concebido como ofensa dirigida contra el orden político como tal o contra la sociedad en general, sino como una ofensa dirigida contra la víctima y aquellos con quienes se identificaba: sus parientes, su comunidad territorial o su clase feudal. También era una ofensa contra Dios: un pecado. Una respuesta social normal a semejante ofensa era la venganza de parte de la víctima, o de su grupo de parentesco (u otro). Al mismo tiempo, el derecho tribal, local y feudal entre los siglos VI y XI hacía gran hincapié en la penitencia, la restitución del honor y la reconciliación como alternativas a la venganza. Además, el derecho real y el derecho imperial de esa temprana época se basaron en conceptos similares y en gran parte consistieron en reglas y procedimientos consuetudinarios, que protegían los derechos de la casa real o imperial y de quienes estaban bajo su protección. En ocasiones, los reyes podían decretar "códigos" de derecho, en que se replanteaba y revisaba el derecho consuetudinario, pero, en general, la jurisdicción real o imperial sobre los delitos era

sumamente limitada. La relativa falta de un derecho penal universal —y el predominio de las costumbres locales— sólo subrayan el hecho de que el delito era considerado, principalmente, como ofensa contra otros, y al mismo tiempo, como ofensa contra Dios, y no como ofensa contra una unidad política general, fuese el Estado o la Iglesia.

Lo mismo ocurría en los conventos, cuyos penitenciales —códigos de pecados y de penitencias— fueron una fuente importante del nuevo derecho canónico de delitos del siglo XII. Los pecados de los monjes eran confesados y castigados en secreto, antes de la reintegración del culpable a la comunidad monástica local. La mayoría de los conventos tenían sus propias reglas penitenciales, y estas reglas acabaron por ser aplicadas muy extensamente entre los laicos en los siglos IX, X y XI.

Penitencia, restitución del honor y reconciliación: éstas eran las etapas por las que tenía que pasar toda expiación por un delito o un pecado. La alternativa era el *blood feud*, la proscripción o la excomunión.

Por ello, la expiación fue presentada por Anselmo como un acto de penitencia ("oblación") y de reconciliación, en que el Hombre-Dios se ofrecía a sí mismo para el sacrificio. Sin embargo, en última instancia, el argumento dependía de otra premisa, no enteramente explicada, a saber, que la justicia divina exigía un castigo (no sólo una satisfacción penitencial), no por el pecado original del hombre o por el "pecado natural" (como prefería llamarlo Anselmo), sino por los "pecados personales" (pecados reales) cometidos por cristianos bautizados. Por el sacramento del bautismo se beneficiaban con el sacrificio expiatorio de Cristo: quedaba pagada así la deuda infinita de su pecado original; sin embargo, subsistía una responsabilidad por sus pecados ulteriores y (se daba a entender) esta responsabilidad habían de asumirla, sometiéndose al castigo.

Esta implicación se derivó de unas marcadas distinciones establecidas: *1)* entre el *pecado* original universal, anulado por el bautismo, y los *pecados* "reales" cometidos por cristianos individuales, y *2)* entre la satisfacción, que era un pago suficiente para restaurar el honor de la víctima, y el castigo, que era un pago proporcional a la gravedad de la falta. Anselmo rechazó explícitamente la alternativa del castigo como sanción apropiada por el pecado original ya que, según dijo, para ser proporcional a la falta habría requerido la total destrucción del hombre. Dios, "que no ha hecho nada más valioso que un ser racional capaz de disfrutar de él", no deseaba que el hombre pereciera por completo, y así permitió que su honor fuera restaurado por el sacrificio de su Hijo.[38] De este modo, Dios ha perdonado a la humanidad su estado pecaminoso: la especie humana queda absuelta de las consecuencias de su heredada tendencia a la avaricia, la soberbia, el poder y otras formas de desprecio de Dios. Dios acepta al hombre tal como es. Pero esta misma absolución impone una nueva responsabilidad a cada individuo de no escoger voluntariamente aquellas cosas que están prohibidas. Si decide hacerlo, será castigado por ello: no destruido, no odiado, pero

sí tendrá que pagar un precio proporcional a la falta, es decir, a la ilegalidad. En contraste con el pecado original de la humanidad (de Adán), los pecados reales individuales de cristianos penitentes, bautizados, no tienen que entrañar su destrucción para ser proporcionales a la ilegalidad; pueden quedar expiados por castigos temporales en esta vida y en el purgatorio. Ni siquiera los que son enviados al castigo eterno son totalmente destruidos.

Los nuevos conceptos de pecado y castigo, basados en la doctrina de la expiación, no se justificaron en los términos germánicos de reconciliación como alternativa a la venganza, o en los términos platónicos de disuasión y rehabilitación, o en los términos del Antiguo Testamento del pacto entre Dios e Israel, aunque sí hubiera elementos de estas tres teorías. La principal justificación dada por Anselmo y por sus sucesores en la teología occidental fue el propio concepto de justicia: la justicia exigía que todo pecado (delito) fuese pagado con un sufrimiento temporal; que el sufrimiento, el castigo, fuese proporcional al acto pecaminoso; y que vindicara ("vengara") la ley particular que había violado. Como lo dijo Tomás de Aquino casi dos siglos después de la época de Anselmo, los delitos penales y los civiles exigen un pago como indemnización a la víctima; pero, puesto que el delito, en contraste con el delito civil o cuasidelito, es un desafío a la propia ley, el castigo, y no una simple reparación, debe imponerse *como el precio por la violación de la ley*.[39]

A esto ha solido llamársele una teoría "retributiva" de la justicia, pues se basa en la premisa de que hay que pagar un "tributo", es decir, un precio para "vindicar" la ley. En los Estados Unidos, la teoría retributiva se ha asociado con frecuencia a la venganza de la víctima y no a la venganza de la ley, que es cosa totalmente distinta. Llamaremos a la primera "retribución especial" y a la última "retribución general". En la historia, fue en la secuela de la Revolución papal cuando el hombre occidental experimentó la sustitución de la retribución especial (la vindicación del honor de la víctima) por la retribución general (la vindicación de la ley) como justificación básica del derecho penal. Y, sin embargo, la expresión "retribución general" no llega a lo más profundo del cambio. La doctrina de la expiación añadió otras dimensiones a las ideas de tributo y de vindicación. Por una parte, el pecador que violaba la ley era considerado, en realidad, no sólo como pecador, sino también como delincuente, como criminal y, por tanto, estaba obligado no sólo a arrepentirse, sino también a pagar un precio por la violación de la ley; mas, por otra parte, el delincuente, el criminal, también era un pecador cuya culpa no sólo consistía en haber quebrantado la ley, sino también, lo que era de mayor importancia, en haber elegido a sabiendas hacer un mal. De este modo vemos que se puso gran énfasis en la calidad moral (o, mejor dicho, inmoral) de su acción, es decir, su pecaminoso estado mental cuando la cometió.

Al mismo tiempo, la relación del delito con el pecado y del castigo con la expiación dio al delincuente o al pecador una cierta dignidad ante sus acu-

sadores, sus jueces, y a menudo sus correligionarios cristianos. También ellos eran pecadores; también ellos eran candidatos a tormentos desconocidos en el purgatorio y a la admisión final en el Reino de los Cielos. Esto aligeró el elemento de superioridad moral que suele acompañar a una retributiva teoría de la justicia. Por ejemplo, se exigió que en el último momento el verdugo se arrodillara ante el hombre condenado, para pedirle perdón por el acto que estaba a punto de cometer. De este modo, aunque la asociación del delito con el pecado creara una responsabilidad infinita de parte del delincuente para con Dios, la atribución del pecado a todos los miembros de la sociedad, incluso a los hombres respetuosos de la ley, sirvió para reducir un tanto la indignación mojigata como parte componente del derecho penal.[40] Todos los cristianos compartían una humanidad común y pecadora.

La fe en la igualdad moral de todos los participantes en los procesos legales aportó un fundamento a la investigación científica del estado mental del acusado. En el tratado *Sobre la penitencia verdadera y la falsa*, el autor desarrolló la notable teoría de que un juez que examina a una persona debe ponerse en el lugar de esa persona para discernir lo que sabe y arrancarle, mediante sutiles preguntas, aquello que pueda tratar de ocultar aun a sus propios ojos.

> Pues el que juzga a otros... se condena a sí mismo. Por tanto, que se conozca a sí mismo y purgue en sí mismo lo que ve que ofende a los demás... Aquel de vosotros que esté sin pecado, que arroje la primera piedra (*Juan* 8:7)... pues nadie está sin pecado, y es sabido que todos son culpables de delito... Que el juez espiritual [es decir, eclesiástico] cuide de no dejar de fortificarse con ciencia y así cometa el delito de injusticia. Es apropiado que deba saber cómo reconocer lo que va a juzgar. Por tanto, el inquisidor diligente, el investigador sutil, sabia y casi astutamente interroga al pecador acerca de aquello que el propio pecador acaso no sepa, o tal vez por vergüenza quiera ocultar.[41]

Por último, la doctrina de la expiación dio un significado universal a la justicia humana, uniendo el castigo impuesto por un tribunal por violación a una ley con la naturaleza y el destino del hombre, su busca de la salvación, su libertad moral y su misión de crear en la tierra una sociedad que reflejara la voluntad divina. Hubo aquí marcadas semejanzas con el concepto judaico del pacto en que Dios había entrado con su pueblo elegido. De ese pacto se derivaron los Diez Mandamientos y la multitud de leyes bíblicas basadas en ellos. Cada una de esas leyes era sagrada; cada violación era un quebrantamiento del pacto. Según la visión occidental de la expiación, Dios había entrado en un nuevo pacto, ahora con toda la humanidad, representada en una persona que era a la vez humana y divina, el Hombre-Dios. Sin embargo, según el nuevo pacto, se disolvía la ley bíblica: lo pecaminoso del hombre era borrado por el sacrificio de Cristo. En adelante, los cristianos bautizados podrían llevar vidas virtuosas sin necesidad del derecho. No obstante, pese a esta gracia recién encontrada, voluntariamente eligieron hacer el mal. Y así fue necesaria una nueva clase de derecho: el derecho humano, no sagrado en el sentido antiguo, aunque inspirado por los Diez Mandamientos así como por otros textos bíblicos. El derecho humano juzgaría a los hombres en la tierra, dejando a la sagrada justicia de Dios el juicio de sus almas eternas. No obstante, también era misión del derecho humano ayudar a preparar las almas de los hombres para su destino eterno. En los sacerdotes en particular, como representantes de Dios en la Tierra, no sólo recaía la tarea de cuidar de las almas administrando los sacramentos, incluso el de la penitencia, sino también la de promulgar y aplicar las reglas del derecho eclesiástico y cooperar en la promulgación y aplicación de las reglas del derecho secular; y estas leyes eclesiásticas y seculares, aunque humanas y no divinas, intentaban empero reflejar la voluntad divina y, por tanto, tener validez última. Por consiguiente —para vindicar esa validez última— había que castigar todas las violaciones. "La ley debe cumplir sus promesas."[42]

El derecho canónico de los delitos

La nueva teología se reflejó en un nuevo sistema de derecho penal, creado por los canonistas de los siglos XI y XII, que difirió sustancialmente de la "ley de Dios", es decir, la ley penitencial que antes había prevalecido en la Iglesia de Occidente, así como del "derecho mundano" (o "ley del hombre"), que junto con la ley penitencial había prevalecido en las órdenes legales tribales, locales, feudales y reales o imperiales.

En el periodo anterior se habían empleado como sinónimos las palabras "delito" y "pecado". En términos generales, no sólo todos los delitos eran pecados, sino que todos los pecados también eran delitos. No había una distinción marcada en la naturaleza subyacente entre las faltas que había que expiar mediante penitencia eclesiástica, por una parte, y las que había que tratar mediante negociaciones de parentesco (o *blood feuds)* por asambleas locales o feudales o por procedimientos reales o imperiales, por la otra. El homicidio, el robo y otras importantes violaciones al derecho del hombre eran consideradas, a la vez, como violaciones a la ley de Dios; y, a la inversa, los delitos sexuales y maritales, la hechicería y la magia, el sacrilegio y otras grandes violaciones a la ley de Dios también eran consideradas violaciones al derecho del hombre. El clero desempeñó un papel predominante en la adjudicación "secular", y se consideraba que la propia autoridad real o imperial suprema tenía un carácter sacro y sacerdotal. En la Iglesia, empero, no había un sistema regular de adjudicación de delitos como el que se desarrolló después de la Revolución papal. El sistema de penitencias eclesiásticas era administrado principalmente por sacerdotes y monjes de cada localidad, cuyo propósito no era el castigo como tal, sino

la atención de las almas, la renovación de la vida moral y la restauración de una relación de vida con Dios. De manera similar, el propósito básico de las sanciones seculares no era el castigo como tal, sino la satisfacción del honor, la reconciliación y la restauración de la paz.

A finales del siglo XI y durante el XII se estableció por vez primera una clara distinción procesal entre pecado y delito. Esto ocurrió, en parte, porque la jerarquía eclesiástica logró arrancar a las autoridades seculares la jurisdicción sobre los pecados, dando así, incidentalmente, un nuevo significado al término "secular". En adelante, todo acto punible por funcionarios reales u otros funcionarios "laicos" sería castigado como violación del derecho secular y no como pecado, es decir, no como violación de la ley de Dios. Y cuando la autoridad secular, por ejemplo, castigaba por robo, castigaba por una violación a la paz, por proteger la propiedad, por la ofensa contra la sociedad. Empezó a decirse que en este mundo sólo la Iglesia tenía jurisdicción para castigar los pecados, dando así incidentalmente un nuevo significado a la palabra "Iglesia", relacionado con términos como "jerarquía", "en este mundo", "jurisdicción" y "castigo de los pecados".

Sin embargo, en la ley aplicable a los herejes hubo una enorme excepción al principio de la división entre jurisdicciones eclesiásticas y seculares. En los siglos XII y XIII la herejía, que antes sólo había sido un delito espiritual punible por anatema, también pasó a ser delito jurídico, punible como traición. Por primera vez se empleó el procedimiento inquisitorial para exponerlo, y por primera vez fue punible por la pena de muerte. El meollo del delito era: disensión de los dogmas de la Iglesia. Si el acusado estaba dispuesto a jurar su adherencia a esos dogmas quedaba absuelto, aunque todavía sometido a penitencias si había dado el juramento sólo bajo tortura u otra clase de presión. Si persistía en la herejía, podía ser acusado en los tribunales de la Iglesia y entregado, para su ejecución, al brazo secular. De este modo, la Iglesia superó su aversión al derramamiento de sangre, participando en él sólo indirectamente. Ésta fue una "anomalía" en que se fundaría todo el "modelo" más adelante, en el siglo XVI.

La Iglesia dividió en dos partes su autoridad sobre los pecados: *1)* los pecados que eran juzgados en el "fuero interno" de la Iglesia, es decir, por un sacerdote actuando con la autoridad de su *ordenación*, especialmente como parte del sacramento de la penitencia, y *2)* los pecados que eran juzgados en el "fuero externo" de la Iglesia, es decir, por un juez eclesiástico, actuando con la autoridad de su *jurisdicción*. Estos últimos fueron llamados, por los juristas canónicos del siglo XII, pecados criminales, delitos eclesiásticos o simplemente delitos. Un pecado criminal era una violación de una ley eclesiástica.

El principio de que un pecado criminal es una violación de una ley eclesiástica entrañó necesariamente el principio de que aquello que no es violación de una ley eclesiástica no está sujeto a un tribunal eclesiástico. Esto fue expresado en el siglo XII por Pedro Lombardo de la siguiente manera:

"No hay pecado si no hubo prohibición."[43] Resulta notable el uso del tiempo pretérito, "hubo". Éste fue el comienzo de un largo y sinuoso camino de la jurisprudencia en la tradición jurídica occidental, que culminó en el principio expresado en el siglo XVIII por la Ilustración y por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa: *Nullum crimen, nulla poena sine lege:* "No hay delito, no hay castigo sin una ley", es decir, sin un estatuto previamente aprobado que defina el delito y fije el castigo.

Sin embargo, del principio de que todo pecado criminal es una violación de un derecho eclesiástico no se sigue necesariamente que cada violación de un derecho eclesiástico sea un pecado criminal. Un pecado es una ofensa contra Dios. Sólo en una sociedad en que todas las leyes son divinas es pecado toda violación a ellas. Así ocurrió en el antiguo Israel, según la ley mosaica. También lo fue entre los pueblos germánicos del occidente de Europa antes del siglo XI. Una ofensa contra un grupo de parentesco, una comunidad local o una relación feudal también era una ofensa contra Dios (o, antes del cristianismo, contra los dioses). Esto se demuestra porque el modo normal de juicio por delitos era una apelación a lo sobrenatural: habitualmente, por juramento ritual o por ordalía. El clero participaba. Había que tomar el sacramento antes de invocar el juicio divino. Las palabras "pecado" y "delito" eran intercambiables tanto en el "derecho mundano" como en el "derecho divino". Asimismo, a finales del siglo XI y durante el XII, teólogos y juristas de Europa occidental distinguieron entre los pecados que sólo eran ofensa contra Dios y que sólo Dios podía juzgar —por ejemplo, los pecados secretos de pensamiento y de deseo—, y los pecados que también eran ofensas contra la Iglesia y que la Iglesia, como entidad corporativa, como institución político-legal, tenía jurisdicción para juzgar en sus propios tribunales. Los pecados criminales diferían de otros pecados, ya que su pecaminosidad, es decir, su carácter ofensivo contra Dios, se medía por normas del derecho eclesiástico aplicadas por jueces eclesiásticos actuando con la autoridad de su jurisdicción, y no por normas del derecho divino aplicadas por el propio Dios, por medio de sacerdotes actuando con la autoridad de su ordenación.

El fundamento teórico del nuevo derecho de delitos eclesiásticos fue establecido por Abelardo en su *Ética*, pocos decenios antes de que recibiera una formulación jurídica más detallada por Graciano, el gran fundador de la ciencia del derecho canónico.[44] Abelardo fijó tres condiciones principales que eran necesarias para que un pecado se pudiera juzgar en los tribunales eclesiásticos:

Primero, debía ser un pecado grave. El punto de partida para determinar su gravedad era la tradicional división entre pecados mortales (literalmente, pecados que entrañan la muerte, es decir, la muerte espiritual) y pecados veniales (pecados perdonables, ligeros). Siguiendo a Abelardo, los canonistas del siglo XII dijeron que sólo un pecado mortal puede constituir

un delito y, además, que no todos los pecados mortales constituyen delitos, sino sólo aquellos que, en las circunstancias de su comisión, sean lo bastante graves para merecer un castigo penal por orden de un tribunal eclesiástico. La avaricia, por ejemplo, es un pecado mortal; pero la avaricia necesaria para justificar un juicio penal en algún caso dado tendría que ser una avaricia realmente extraordinaria.

En segundo lugar, el pecado debía manifestarse en un acto externo. Los pensamientos y deseos pecaminosos son punibles por Dios y cognoscibles en el "foro celestial" (como lo llamó Abelardo) de la Iglesia en el sacramento de la penitencia, incluyendo la confesión; pero no son punibles como tales en el "foro terrenal" de la Iglesia, es decir, en un tribunal eclesiástico. Abelardo explicó esto por motivo de que sólo Dios puede ver de forma directa la mente, el corazón y el alma de una persona, y que los jueces humanos sólo pueden saber lo que se manifiesta externamente. Llegó a ser aceptado universalmente que "la Iglesia no adjudica cuestiones que están ocultas". Esto, a su vez, condujo a la regla del derecho canónico, que con el tiempo llegaría también a ser regla de los sistemas jurídicos seculares de Occidente: que la simple preparación de un delito (hasta llegar a reunir los medios para cometerlo) no es punible; debe haber al menos un intento, es decir, un acto externo que comience el curso de la conducta delictuosa. Había dos notables excepciones a esta regla: la traición y la herejía.

Los canonistas también definieron los tipos de intención y los tipos de conexión causal que se necesitaban para que un acto externo fuese delictuoso. Distinguieron entre la "intención directa" (conocimiento de que el hecho produciría el particular resultado ilegal —por ejemplo, un homicidio—, aunada al deseo de causar ese resultado) y la "intención indirecta" (conocimiento de que el resultado ilegal ocurriría, pero sin deseo de realizarlo: por ejemplo, el homicidio involuntario de un guardia para poder escapar). También distinguieron entre intención (de cualquier índole) y negligencia (como en el caso en que el actor no sabía que el resultado iba a ocurrir, pero si hubiese sido diligente lo habría sabido). Respecto a la causación, distinguieron entre las causas remotas *(causae remotae)*, y las causas próximas *(causae proximae)*. Analizaron casos complejos —reales e hipotéticos— de causas que intervenían. Por ejemplo, un clérigo arroja un guijarro intentando atemorizar a un compañero; éste, para evitarlo, tropieza con una piedra y queda mal herido; como resultado de la negligencia de su padre y de un médico, muere. Arrojar el guijarro, ¿fue una causa próxima de la muerte? Y había un número incontable de tales ejemplos. Un estudiante de cualquiera de los modernos sistemas jurídicos occidentales estará familiarizado con este modo de analizar la conducta delictuosa en función de la diferencia entre intención y negligencia, los varios tipos de intención y los varios tipos de conexiones causales.

En tercer lugar —según Abelardo (y también en esto lo siguieron los canonistas)—, el acto debe ser vejatorio para la Iglesia. Debe ser un "escándalo" para la comunidad eclesiástica. El derecho no debe castigar ni siquiera los actos moralmente malos a menos que también sean nocivos para la sociedad, cuya ley se está aplicando. También esto parece enteramente moderno.[45] Así, por ejemplo, los canonistas determinaron que el incumplimiento de una simple promesa, aunque moralmente reprochable, no era lo bastante vejatorio para la Iglesia como para justificar la imposición de sanciones penales.

Lo que no era moderno en el nuevo derecho canónico de delitos fue el uso de indicadores externos, no sólo para determinar la culpa en el sentido moderno (¿fue un crimen el acto?, ¿lo cometió el acusado?), sino también para medir lo pecaminoso del acusado. Abelardo fue más allá que sus sucesores, tratando de eliminar la cuestión del pecado: sostuvo que la gravedad del pecado debía *suponerse* a partir de indicadores externos. En otras palabras, según el parecer de Abelardo, el tribunal eclesiástico no debía hacer una investigación específica de las actitudes, los motivos y el carácter del acusado, salvo en la medida en que tal investigación fuese indispensable para determinar su violación del derecho eclesiástico, es decir, para saber si su acto era lo bastante inmoral y lo bastante nocivo a la Iglesia para constituir un crimen eclesiástico, y si había tenido la intención necesaria para cometerlo, ya fuese la conexión causal necesaria, ya fuese que se establecieran los otros requerimientos legales de culpa. Su mente (actitudes), corazón (motivaciones) y alma (carácter) pecadores, conocidos directamente por Dios, sólo podían ser conocidos por el tribunal eclesiástico por señales externas y, por tanto, sostuvo Abelardo, el tribunal sólo debía examinar las señales externas. Stephan Kuttner dice que este razonamiento habría podido llevar a Abelardo a un concepto del delito totalmente emancipado del pecado y totalmente libre de teología *(theologiefrei)*, pero que Abelardo no dio el último paso para llegar a este concepto.[46] En cambio, se valió de una presuposición concluyente, es decir, una ficción, para colmar la brecha existente entre delito y pecado. Sostuvo que las pruebas de que disponían los jueces terrenales, pese a sus limitaciones, darían un resultado que se aproximara al resultado alcanzado por Dios, y que no hay esperanzas de lograr más que esta aproximación.

La idea de Abelardo de que lo pecaminoso se puede suponer y sólo suponer, y por tanto, pasarlo por alto, fue rechazada por la Iglesia.[47] Los juristas canónicos se preocupaban ante todo por medir la ofensa contra Dios. Veían los "indicadores externos" como recursos dados por Dios con ese propósito, pero también fueron más allá, hasta una investigación específica de la mente, el corazón y el alma del acusado. Reconocieron que el derecho eclesiástico se aplica en el foro terrenal de la Iglesia, no en el foro celestial, y que por tanto debe proceder de acuerdo con las normas de objetividad y generalidad; sin embargo, no vieron un conflicto esencial, sino, antes bien, una armonía básica entre esas normas y las normas de la

justicia divina. Siguiendo sus concepciones de los procedimientos de Dios, se interesaron por determinar, *a la vez*, si el acusado había cometido intencionalmente un acto moral y socialmente ofensivo violando una ley *y* hasta qué punto revelaba con ello una mente, un corazón y un alma depravados.

De hecho, los dos tipos de investigación no estaban separados. Para evaluar el acto era necesario analizar la intención del actor. Esto hizo investigar si su voluntad había sido libre. Los canonistas desarrollaron las reglas —hoy familiares en todos los sistemas jurídicos occidentales— de que una persona puede ser eximida de responsabilidad delictuosa si actuó no estando en su juicio, o dormida, o ebria, o si se equivocó, siempre que: *1)* como resultado de su estado momentáneo no pudiese saber que lo que hacía era malo, y *2)* que no se hubiese puesto por su culpa en ese estado (por ejemplo, por embriaguez voluntaria). Sin duda, una investigación de la libre voluntad del acusado que conduce a una consideración sobre si por su culpa cayó en un estado en que habría debido saber que podía cometer un acto ilegal, moralmente malo y socialmente nocivo, es al menos compatible —si no necesariamente conduce a— un examen de toda la personalidad del hombre. Tal investigación casi inevitablemente pasará de las cuestiones de intención y conocimiento a las cuestiones de actitud, motivo y carácter. Desde el punto de vista del canonista, esto era muy deseable, pues era lo pecaminoso del actor mismo, y no sólo lo criminal de la acción lo que justificaba en última instancia el hecho que el tribunal eclesiástico se arrogara jurisdicción sobre los pecados legales, una vez establecida la división entre derecho penal secular y eclesiástico.

La conexión íntima entre delito y pecado en el derecho canónico también es obvia en las reglas que fueron desarrolladas sistemáticamente por vez primera en el siglo XII con respecto a la justificación y excusa por hechos que de otra manera serían delictuosos. Se aceptó que una persona que intencionalmente ataca a otra puede justificarse por defensa propia o por defensa de otros, o puede ser excusada porque estaba ejerciendo autoridad disciplinaria, o puede quedar inmune ante toda responsabilidad criminal por su juventud, o por alguna otra incapacidad. También aquí los canonistas (basándose, en parte, en los textos de Justiniano) crearon el derecho penal moderno, pero no por razones modernas. Lo que les interesaba, ante todo, no era la culpa, sino el pecado.[48] Una vez más, la evaluación de las justificaciones y excusas por actos se fundió con la evaluación de motivos, actitudes y carácter.

Un caso ampliamente analizado durante los siglos XII y XIII puede iluminar estas consideraciones. Los ladrones irrumpieron en un convento, derribaron a dos monjes, dejándolos inconscientes, y les robaron sus ropas. Los monjes recuperaron sus fuerzas y sometieron y ataron a los asaltantes. Uno de los hermanos fue a notificar al jefe de su capítulo, dejando a los ladrones al cuidado del otro. Los cautivos empezaron a liberarse, y entonces el hermano que se había quedado con ellos los mató para que ellos, a su vez, no lo mataran. El caso fue llevado a Alejandro III, el célebre papa jurista del siglo XII, quien declaró que tanto haber atado a los ladrones como haberlos matado eran pecados criminales. Los hermanos habían atentado contra la mansedumbre que de ellos se esperaba como monjes, y también habían pecado contra la disciplina eclesiástica. Habían olvidado el precepto de Cristo de que si alguien te quita tu abrigo, debes darle también tu capa. Informa Kuttner:

> Muchos canonistas citaron este Decretal como argumento contra la admisibilidad del homicidio de un ladrón a manos de un clérigo, o contra el derecho de un clérigo para ofrecer oposición armada para proteger sus bienes o, en general, contra el uso de la fuerza en defensa propia de parte de cualquiera que (como los monjes) aspira a la perfección evangélica. Sin embargo, más preciso sería, probablemente, interpretar la decisión de Alejandro, en las circunstancias concretas del caso, según la doctrina general de la defensa propia, y no tratarla como problema de [justificación por] dar muerte a un ladrón; pues el segundo monje no había atacado a los ladrones para proteger sus bienes, sino en defensa de su vida... [Sin embargo] esta situación de defensa propia fue creada desde que los monjes ataron a los ladrones, y eso había sido inadmisible, ya que desde antes de ello, el primer ataque había sido rechazado y los monjes habrían podido escapar de alguna otra manera. De este modo, atar a los ladrones puede verse... como una *culpa praecedens* [culpa precedente] por la muerte dada por defenderse; y, así, la decisión de Alejandro armonizó con la teoría general de [el privilegio de] defensa propia.[49]

Este caso es un ejemplo de las conexiones directas que en el derecho canónico había entre el delito y el pecado: es decir, entre las ofensas contra el orden jurídico de la Iglesia y las ofensas contra Dios. En cuestión de derecho penal, sin referencia al pecado, se puede justificar una regla que permite a una persona matar a otra para impedir que ésta le dé muerte. Asimismo, se puede justificar una regla que no permite a una persona matar a otra, aunque imponga una responsabilidad criminal, cuando el homicidio se comete para impedir que la otra se robe unos bienes. Sin embargo, la decisión del papa Alejandro III introduce otros dos factores:

Primero, el asesino es un clérigo, en realidad, un monje. Era firme principio del derecho canónico que un clérigo que comete un acto criminal comete un pecado mayor que el de un laico que comete el mismo acto criminal. Además, un monje no es un clérigo ordinario, sino alguien que "ha muerto para este mundo" y buscado una vida de perfección. Por tanto, se le juzgará de acuerdo con normas superiores.

Segundo, la regla ordinaria que justificaba el homicidio cuando se cometía en defensa necesaria de la propia vida queda sujeta a una condición importante, introducida por los canonistas: el que se defiende a sí mismo no debe haber creado el peligro del que trata de escapar por medios violentos. Esto fue llamado, en términos legales, "culpa anterior", pero la fic-

ción legal es obvia, ya que el supuesto crimen no es la creación culpable de un peligro de ataque subsiguiente, sino el homicidio más allá de los límites de la defensa propia justificable. Podría establecerse una analogía con la regla según la cual el que, en un estupor alcohólico, mata a otro, sin embargo, será responsable de asesinato, pues la embriaguez voluntaria no es excusa. Juzgada sobre la base de los indicadores externos, tal persona sería responsable no de homicidio intencional, sino de embriaguez intencional, en el conocimiento de que podía caer en un estupor alcohólico y matar a alguien. Empero, si por una ficción queda convicto de homicidio intencional —aunque no tuviese la intención de matar— se justifica decir que "el verdadero delito" es el *pecado* de embriaguez.

Los abogados canónicos inventaron un término para distinguir la calidad de la pecaminosidad jurídica de la culpa jurídica, es decir, de la culpa implícita en las pruebas legales de su culpabilidad, como la gravedad del hecho malo, la intención de cometerlo, la causa próxima. Habían tomado la palabra "culpa" del término jurídico romano *culpa*. Pero la calidad de pecaminosidad de una persona que cometía un pecado penal fue descrita con un término nuevo, *contemptus*, que, aunque nunca definido, se empleó para significar desprecio, desdén, desafío, obstinación, presunción o, desde el punto de vista opuesto, orgullo o exaltación de sí mismo. De este modo, el pecado de Adán fue la exaltación de sí mismo, que se manifestó en un desdeñoso desafío de la ley de Dios.[50]

Al poner en relieve los factores subjetivos de la responsabilidad criminal, los canonistas aplicaron distinciones que ya se habían hecho en la ciencia jurídica romana anterior, pero desarrollaron estas distinciones hasta convertirlas en conceptos complejos y elaboradamente precisados. Términos romanos como *imputabilitas* ("imputabilidad"), *culpa* ("culpa" o "falta") y *dolus* ("mala intención") fueron analizados sistemáticamente tomando en cuenta el preciso estado de ánimo del actor (aspecto subjetivo) y las circunstancias detalladas del acto (aspecto objetivo). En cambio, el derecho penal romano, especialmente en el periodo anterior, pero también en tiempos de Justiniano, no se había preocupado mucho por la calidad moral del hecho criminal específico; antes bien, se interesaba en lo que hoy llamaríamos la protección de intereses y la aplicación de medidas políticas. Gran parte del derecho romano de crímenes fue elaborado por analogía con reglas de propiedad, contrato y delito civil. En el periodo posclásico, al aumentar el poder imperial también aumentaron los tipos de mala conducta a los que era aplicable el castigo imperial, así como también aumentó la severidad de las sanciones penales. Y, sin embargo, este desarrollo no fue acompañado por ningún hincapié en el castigo de la inmoralidad (pecado) como tal. Fue en los penitenciales monásticos de Occidente donde, por primera vez, la indignación moral y la reforma moral pasaron a convertirse en preocupaciones *jurídicas* importantes, y en la práctica monástica del "análisis minucioso y detallado de las circunstancias

del pecado... [y] la investigación precisa de cualquier caso dado de la intención... y de las circunstancias externas del hecho" fue en la que los canonistas de finales del siglo XI y el XII fundaron sus doctrinas de los aspectos subjetivo y objetivo del delito.[51]

La unidad y la complejidad del nuevo derecho canónico de delitos son asombrosas. Aquí, por una parte, se hallaba una teoría integrada del derecho penal, que a la vez apoyaba y explicaba la práctica de la Iglesia al disciplinar su propio ejército de clérigos y al mantener unas normas morales e ideológicas también entre los laicos. También aquí, en cambio, había unas distinciones complejas entre el derecho divino (incluso el derecho penal divino) y el derecho humano; en el derecho humano entre el derecho eclesiástico y el derecho secular, y en el derecho eclesiástico entre el pecado y el delito de cada pecado criminal. Y, además, la distinción más candente de todas —tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico— era la distinción entre el papel de la Iglesia al disciplinar su propio ejército de clérigos y su papel de mantener entre los laicos las normas morales e ideológicas. El clero estaba sujeto a juicio en los tribunales eclesiásticos por cualquier tipo de delito. Asesinato, robo, incendio, asalto —en realidad, cualquier acción proscrita por cualquier autoridad secular, fuese tribal o local, feudal o real o imperial— podía caer dentro de la competencia de los tribunales eclesiásticos si era cometido por un clérigo. Totalmente aparte de las cuestiones técnicas de las jurisdicciones en competencia, toda grave violación de la paz podía ser delito secular o delito eclesiástico si era cometido por un miembro del clero. Sin duda, esto puede explicarse por el aspecto político: la Iglesia como entidad jurídico-política trataba de mantener su dominio sobre sus funcionarios. También se le puede explicar por motivos teológicos o éticos o, como se diría en época posterior, ideológicos: el clero era la elite, y lo que en un laico podría ser simplemente una violación de la paz, en un clérigo podía ser el incumplimiento de una obligación superior.

Sin embargo, y cualquiera que sea la explicación que se adopte, había un grave problema jurídico práctico para la Iglesia: la *definición* de delitos "seculares" —asesinato, robo, incendio y similares— cometidos por clérigos, ¿se dejaría en manos de las autoridades seculares, o debería la Iglesia aportar su propia definición de tales delitos? La respuesta a esta pregunta añade otra dimensión al análisis de la relación entre delito y pecado. La Iglesia no intentó definir delitos seculares en particular. Empero, dio sus propias definiciones de las condiciones en que los delitos seculares se volvían delitos penales si eran cometidos por clérigos; por ejemplo: cuando eran de suficiente gravedad moral y bastante nocivos para la Iglesia, cuando se les cometía intencionalmente, cuando por "proximidad" causaban el resultado prohibido, cuando no se justificaban por defensa propia ni por una de otras varias atenuantes, cuando no quedaban excusados por autorización oficial o por uno de otros varios privilegios, *y cuando manifestaban un desacato del acusado*.

La pertinencia y materialidad de la investigación del aspecto pecaminoso se hacen aún más evidentes si recordamos que las principales sanciones impuestas por los tribunales eclesiásticos al clero eran la degradación (es decir, la privación permanente de todos los oficios y derechos eclesiásticos), la deposición de ciertos cargos eclesiásticos particulares, la suspensión de celebrar los sacramentos, de las limosnas, de hacer enmiendas a personas perjudicadas, ciertos ejercicios de piedad como ayuno y peregrinación, y, para los peores delincuentes, la excomunión. La excomunión podía adoptar toda una variedad de formas, desde la prohibición de participar de los sacramentos hasta la total exclusión de la Iglesia (que equivalía a un ostracismo total). El tribunal eclesiástico podía levantar la excomunión a condición de que el culpable expiara, en cualquiera de toda una variedad de formas, el daño que había causado, incluyendo una indemnización a la víctima, así como obras pías, como limosnas a los pobres o la peregrinación a un santuario.

De este modo, si sólo pensamos en la jurisdicción de la Iglesia sobre el clero, es el aspecto "criminal" más que el "pecaminoso" del derecho canónico de delitos el que resulta más sorprendente.

En cuanto a la otra parte de la jurisdicción penal eclesiástica, es decir, su jurisdicción sobre los laicos, la Iglesia, como parte de su propia política afirmativa (y no como resultado de una deferencia de su parte), sólo se atribuía una competencia limitada. En términos generales, la violencia entre los laicos debía ser contenida por el derecho penal secular; para eso estaba, ante todo, la autoridad secular. Los laicos sólo eran penalmente responsables ante los tribunales eclesiásticos por actos que cayeran, poco más o menos, en las categorías siguientes: herejía, sacrilegio, magia, hechicería, usura, difamación, ciertos delitos sexuales y maritales (homosexualidad, adulterio y otros), profanación de lugares religiosos por robo u otras cosas, y ataque a clérigos. En otras palabras, la Iglesia insistió en su competencia sobre ciertos tipos de delitos de laicos que incluyeran poderosos elementos morales e ideológicos y (habitualmente) no violencia, así como delitos violentos contra propiedades de la Iglesia y el clero. Una vez más, el elemento de pecado en el delito era base muy importante para que la Iglesia se arrogara jurisdicción.

También, con respecto a los laicos, las sanciones eclesiásticas eran más morales y económicas que físicas: limosnas, enmiendas, ayuno, buenas obras y, a la postre, excomunión, así como excomunión levantada, a condición de que el culpable indemnizara a las víctimas, hiciera actos de caridad u obras pías, etc. De hecho, el principio de reparación llevó al derecho canónico a hacer algunos compromisos con el principio del pecado: a veces se imponía una carga financiera a terceras partes inocentes emparentadas con las culpables —herederos, familiares, corporaciones y asociaciones—, especialmente cuando se habían infringido, penalmente, los intereses económicos de la Iglesia.

El derecho occidental de delitos surgió de la idea de que la justicia en sí misma y por sí misma, la justicia *an sich*, exige que la violación de una ley sea pagada con una pena, y que la pena debe ser proporcional a esa violación. Se creía que el sistema de distintos precios que deben pagarse por distintas violaciones —que existe en todas las sociedades— se justificaba a sí mismo; era justicia, era la justicia misma de Dios. Esta idea no sólo se reflejó en el derecho penal, sino en todas las ramas del nuevo derecho canónico a partir del siglo XII, y se reflejó cada vez más en las diversas ramas de los nuevos sistemas jurídicos y seculares que a la sazón empezaron a desarrollarse. Se decía que debían cumplirse los contratos, y si no se cumplían, había que pagar un precio por ese incumplimiento. Los daños podían remediarse con indemnizaciones proporcionales. Los derechos de propiedad debían ser restaurados por los mismos que los habían violado. Estos principios y otros similares llegaron a arraigar tan profundamente en la conciencia —en realidad, en los valores sagrados— de la sociedad occidental, que llegó a ser difícil imaginar siquiera un orden legal fundado en otro tipo de principios y valores. Así como las culturas no occidentales contemporáneas tienen órdenes jurídicos fundados en otros tipos de principios y valores, así los tuvo la cultura europea antes de los siglos XI y XII. En algunos órdenes jurídicos prevalecen las ideas de destino y de honor, de venganza y reconciliación. En otros predominan los ideales de contrato y de comunidad. En otros más, las ideas de disuasión y de rehabilitación.

Los conceptos occidentales del derecho están en sus orígenes, y por tanto en su naturaleza, íntimamente unidos a conceptos teológicos y litúrgicos distintamente occidentales de la expiación y de los sacramentos. La nueva fiesta religiosa, el Día de los Fieles Difuntos, introducida en el siglo XI, simbolizó en Occidente la visión del Juicio Final como el "día de la ley" universal, cuando todas las almas que hayan vivido se presentarán ante Cristo juez, para dar cuenta de sus pecados y ser condenadas o absueltas para toda la eternidad. Sobre esta base se fundó una nueva concepción del purgatorio: los cristianos bautizados que habían muerto penitentes podían estar seguros que ya se les había perdonado su natural propensión al pecado, y que los pecados cometidos por ellos quedarían totalmente expiados por un castigo proporcional en esta vida y en la siguiente, antes del Último Día. Según esta concepción, Cristo ya no era básicamente el Juez, sino el Hermano divino, cuyo sacrificio en la cruz sirvió para reconciliar a Dios con el hombre. El nuevo énfasis en la expiación fue unido, a su vez, a un nuevo simbolismo en la celebración del sacramento de la eucaristía: se consideró que si el sacerdote realizaba ciertos actos y pronunciaba ciertas palabras efectuaba la transformación del pan en el cuerpo espiritual de Cristo. De este modo, la expiación, con su paradójica consecuencia de perdón divino y castigo divino, era repetidas veces realizada e incorporada a las vidas de los fieles. Interpretada de este modo la justicia divina, pareció

un paso natural crear un concepto paralelo de la justicia humana. Así como Dios gobierna por medio de la ley, así también las autoridades eclesiásticas y seculares, ordenadas por él, declaran principios legales e imponen sanciones y remedios apropiados a su violación. No pueden, como Dios, ver directamente las almas de los hombres, pero sí pueden encontrar modos de aproximarse a su juicio.

Y, sin embargo, el análisis anterior está sujeto a una condición importante: los pasos que hay en la derivación de la jurisprudencia occidental partiendo de la teología de los siglos XI y XII no fueron tan naturales como podían parecerlo a quienes los dieron. El paso de Anselmo a Abelardo y de él a Graciano no fue, en cada etapa, producto de la sola razón, sino de la tensión entre la razón y la fe, entre el científico y el místico, entre el jurista y el visionario. La fe del propio Anselmo en la razón fue acompañada por una profunda piedad y por una poética conciencia de la gracia. Dijo que la razón sólo probaría lo que la fe ya sabía, y que había intentado hacer su análisis "por la sola razón" exclusivamente para su "deleite" intelectual. De manera similar, Abelardo, el escolástico escéptico, fue al mismo tiempo el Abelardo devoto creyente, así como el apasionado amante y el popular escritor de canciones de amor de Europa. Hasta el gran tratado jurídico de Graciano estaba lleno de los recursos mitológicos más imaginativos para reconciliar lo irreconciliable... por la justicia y por la mayor gloria de Dios.

Cuando pensamos en el siglo XII como el gran siglo de la formación de instituciones y conceptos jurídicos, también debemos pensar en San Bernardo de Claraval, el archienemigo de Abelardo, cuya santidad era tan célebre por toda la cristiandad occidental como notorias eran las aventuras de Abelardo. En 1129, en el Concilio de Reims, presidido por el papa Inocencio II, Bernardo denunció el estudio del derecho romano: el único tipo de derecho que por entonces se estudiaba sistemáticamente, ya que aún faltaba una década para el tratado de Graciano (que introdujo el derecho canónico en el programa universitario), y el Concilio prohibió a los monjes estudiarlo. (Aunque esta prohibición fue repetida en el Concilio de Clermont en 1130 y en el de Tours en 1163, el derecho romano se siguió enseñando a no monjes, y aun a algunos monjes.) Bernardo también denunció el legalismo del tribunal papal y pidió un regreso a la espiritualidad. Los teólogos modernos de la Iglesia ortodoxa oriental consideran que Bernardo fue un aliado suyo en una época en que las voces dominantes en la teología oriental eran hostiles a sus creencias.

No se puede comprender a Abelardo sin Bernardo, ni a Bernardo sin Abelardo. Tampoco se puede comprender el cambio fundamental de la teología y la jurisprudencia, ocurrido en Occidente a finales del siglo XI y en el XII sin reconocer que una parte de su carácter se debió a las tendencias más místicas y románticas de la época. Estas tendencias quedaron simbolizadas no sólo en las vidas y enseñanzas de hombres como San Bernardo,

sino también por el culto de la Virgen María (quien, ante todo, intercedería ante el Juez Supremo, en demanda de misericordia, por los pecadores)[52] y por el surgimiento de la caballerosidad y el amor cortesano.[53] En el derecho mismo, la piedad se afirmó como principio con el nombre grecorromano de *aequitas* ("equidad"). En la "equidad canónica", el rigor de la ley estricta debía ser mitigado en casos excepcionales en que así lo pidieran la buena fe, la honradez, la conciencia o la misericordia.[54]

La lucha y la tensión entre actitudes racionales, científicas, informalistas por una parte, y actitudes místicas, poéticas y carismáticas, por la otra, ayudan a explicar por qué la nueva jurisprudencia necesitó tres generaciones para establecerse, y siglos más para seguir un curso tranquilo, y por qué, a la postre, fue impugnada por nuevas revoluciones.

Más allá de estas actitudes en competencia se encontró la subdivisión revolucionaria de la sociedad occidental en dos esferas políticas, la eclesiástica y la secular, y la nueva subdivisión de la esfera secular en entidades reales, feudales, urbanas y otras. La fe en un dios de justicia que domina un universo de leyes, castigando y recompensando según principios de proporcionalidad, piadosamente mitigados en casos excepcionales, correspondió a la fe en una compleja unidad social, la cristiandad, en que la dialéctica de esferas y entidades que interactuaban era regulada por un tipo similar de justicia basada en en el derecho y derecho basado en la justicia, en que la piedad desempeñaba un papel de excepción. Más aún, tras la compleja unidad dialéctica en el espacio había una dialéctica histórica en el tiempo, una ruptura revolucionaria entre lo antiguo y lo moderno, y un desarrollo evolutivo de lo moderno. Así como cada hombre pasaba de su vida al purgatorio, y del purgatorio al Juicio Final, cosechando las recompensas y los castigos de sus elecciones entre el bien y el mal, así también las diversas comunidades en que vivía pasaban por el tiempo hacia la realización de sus destinos respectivos. Y su avance también era responsable ante la ley. Éste fue, de hecho, el concepto fundamental de la tradición jurídica occidental, las metáforas y analogías teológicas: el concepto de una sociedad que tiene la capacidad de transformarse a sí misma, con el paso del tiempo, mediante la rápida y continua infusión del derecho divino y el natural en instituciones jurídicas eclesiásticas y seculares.

En el siglo XVI y después, el legalismo de la Iglesia católica romana fue sometido a enconados ataques de varias formas de protestantismo. Martín Lutero denunció el concepto de una Iglesia corporativa y visible unida por la ley; quemó los libros de derecho canónico, en parte para simbolizar su idea de que la verdadera Iglesia no puede tener ningún carácter jurídico, que es una invisible comunión de los fieles.

Y, sin embargo, también Lutero tenía una apasionada fe en el valor del derecho, es decir, en el derecho secular del Príncipe, la ley del Estado, que, simplemente, supuso que sería el derecho de un Príncipe cristiano. De este modo, la creencia católica en la infusión de un derecho divino y un derecho

natural en instituciones legales, fue llevada adelante por el luteranismo pero sólo a instituciones jurídicas seculares y no eclesiásticas. En adelante, la Iglesia apareció como una comunidad puramente espiritual coextensiva con un orden secular particular, mientras que entre los siglos XI y XV, muchos órdenes seculares habían coexistido e interactuado dentro de *una sancta ecclesia*. Y sin embargo, en el protestantismo, en sus formas luterana y calvinista, Dios siguió siendo un Dios de justicia, y el cuerpo de derecho eclesiástico y secular de la Europa "medieval" (como se la llegó a llamar en el siglo XVI) se continuó, en gran medida, en la ley del Estado "moderno".

Con la transferencia de las principales funciones de legislación y aplicación de la ley a las jurisdicciones exclusivas del Estado nacional se echaron las bases para separar la jurisprudencia de la teología y, en última instancia, para la completa secularización del pensamiento jurídico. Esto no ocurrió de golpe, ya que el sistema predominante de creencias en todo Occidente siguió siendo cristiano. Tan sólo en el sigio XX han sido ya casi totalmente rechazados los fundamentos cristianos del derecho occidental.

Este desarrollo del siglo XX es consecuencia histórica de la creencia occidental, cuyo primer exponente fue San Anselmo, en que la teología misma puede estudiarse por separado de la revelación. Anselmo no tenía ninguna intención de exaltar la razón a expensas de la fe. No obstante, una vez separada la razón de la fe, con el fin de analizarla, las dos también empezaron a ser separadas, para otros fines. Con el tiempo acabó por darse por sentado que la razón es capaz de funcionar por sí sola, y, a la postre, esto significó funcionar sin ninguna creencia religiosa fundamental.

Asimismo, con el tiempo se dio por sentado que la ley, producto de la razón, es capaz de funcionar como instrumento del poder secular, desconectada de valores y propósitos últimos; y no sólo la fe religiosa, sino todas las convicciones apasionadas llegaron a considerarse como asunto privado de cada quien. De este modo, no sólo el pensamiento jurídico, sino también la estructura misma de las instituciones jurídicas occidentales, se han apartado de sus fundamentos espirituales, y a su vez estos fundamentos han perdido la estructura que en un tiempo se levantó sobre ellos.

V. DERECHO CANÓNICO: PRIMER SISTEMA JURÍDICO OCCIDENTAL MODERNO

AFIRMAR que un *sistema* de derecho canónico fue creado por vez primera —o, dicho de otro modo, que el derecho de la Iglesia quedó sistematizado— en el siglo y medio transcurrido entre los años 1050 y 1200, no es negar que en la Iglesia, desde sus orígenes, había existido un *orden* jurídico. El propio Nuevo Testamento, especialmente en las Epístolas de San Pablo y en los Hechos de los Apóstoles, nos da prueba de que en la comunidad cristiana había autoridades legalmente constituidas que declaraban y aplicaban reglas concernientes a cuestiones de doctrina, culto, moral, disciplina y estructura eclesiástica.[1] Asimismo, desde los primeros tiempos, los ancianos (obispos) habían juzgado las disputas entre cristianos e impuesto sanciones por delitos cometidos por ellos. El *Didache* del siglo I, las *Didascalia Apostolorum (Enseñanzas de los apóstoles)*, del III, y las *Constitutiones Apostolorum (Constituciones de los apóstoles)*, del IV, contenían muchas reglas de la Iglesia que pretendían regular la conducta y servir como base de toda adjudicación eclesiástica.[2] Asimismo, en los siglos III y IV, concilios eclesiásticos locales (sínodos) en África del Norte y en Arles decretaron leyes, y en el año 325 se reunió el primer concilio general (ecuménico) en Nicea, el que adoptó muchas leyes.[3] Por entonces, el término griego *kanon*, que originalmente significaba un rodillo, luego una vara de medir y con el tiempo una regla o norma, empezó a adquirir el significado jurídico técnico de una ley promulgada por un sínodo o por un concilio ecuménico, o aun por un obispo individual. ("Canon" llegó también a designar la lista auténtica o "canónica" de libros que componían las Sagradas Escrituras, así como las personas legalmente aceptadas, o "canonizadas", como santos. Otro significado se refiere a los "canónigos" del cabildo de una catedral, autorizados por el obispo local para servir como ministros.)

Al paso de los siglos, los cánones emitidos por sínodos y concilios ecuménicos, así como por obispos individuales, se multiplicaron y a menudo fueron reunidos en colecciones extraoficiales, que también contenían reglas establecidas en las Escrituras y en los textos de los Padres de la Iglesia, así como cartas decretales y decisiones de patriarcas, papas y obispos junto con edictos y decretos de emperadores romanos y otros gobernantes con respecto a la Iglesia.[4] Ninguna de estas colecciones reflejó la existencia de un sistema jurídico consciente. Ninguna de ellas pretendía ser completa o universal. En las primeras compilaciones, el contenido estaba dispuesto por orden cronológico; con el paso del tiempo, algunas fueron organizadas

natural en instituciones legales, fue llevada adelante por el luteranismo pero sólo a instituciones jurídicas seculares y no eclesiásticas. En adelante, la Iglesia apareció como una comunidad puramente espiritual coextensiva con un orden secular particular, mientras que entre los siglos XI y XV, muchos órdenes seculares habían coexistido e interactuado dentro de *una sancta ecclesia*. Y sin embargo, en el protestantismo, en sus formas luterana y calvinista, Dios siguió siendo un Dios de justicia, y el cuerpo de derecho eclesiástico y secular de la Europa "medieval" (como se la llegó a llamar en el siglo XVI) se continuó, en gran medida, en la ley del Estado "moderno".

Con la transferencia de las principales funciones de legislación y aplicación de la ley a las jurisdicciones exclusivas del Estado nacional se echaron las bases para separar la jurisprudencia de la teología y, en última instancia, para la completa secularización del pensamiento jurídico. Esto no ocurrió de golpe, ya que el sistema predominante de creencias en todo Occidente siguió siendo cristiano. Tan sólo en el siglo XX han sido ya casi totalmente rechazados los fundamentos cristianos del derecho occidental.

Este desarrollo del siglo XX es consecuencia histórica de la creencia occidental, cuyo primer exponente fue San Anselmo, en que la teología misma puede estudiarse por separado de la revelación. Anselmo no tenía ninguna intención de exaltar la razón a expensas de la fe. No obstante, una vez separada la razón de la fe, con el fin de analizarla, las dos también empezaron a ser separadas, para otros fines. Con el tiempo acabó por darse por sentado que la razón es capaz de funcionar por sí sola, y, a la postre, esto significó funcionar sin ninguna creencia religiosa fundamental.

Asimismo, con el tiempo se dio por sentado que la ley, producto de la razón, es capaz de funcionar como instrumento del poder secular, desconectada de valores y propósitos últimos; y no sólo la fe religiosa, sino todas las convicciones apasionadas llegaron a considerarse como asunto privado de cada quien. De este modo, no sólo el pensamiento jurídico, sino también la estructura misma de las instituciones jurídicas occidentales, se han apartado de sus fundamentos espirituales, y a su vez estos fundamentos han perdido la estructura que en un tiempo se levantó sobre ellos.

V. DERECHO CANÓNICO: PRIMER SISTEMA JURÍDICO OCCIDENTAL MODERNO

AFIRMAR que un *sistema* de derecho canónico fue creado por vez primera —o, dicho de otro modo, que el derecho de la Iglesia quedó sistematizado— en el siglo y medio transcurrido entre los años 1050 y 1200, no es negar que en la Iglesia, desde sus orígenes, había existido un *orden* jurídico. El propio Nuevo Testamento, especialmente en las Epístolas de San Pablo y en los Hechos de los Apóstoles, nos da prueba de que en la comunidad cristiana había autoridades legalmente constituidas que declaraban y aplicaban reglas concernientes a cuestiones de doctrina, culto, moral, disciplina y estructura eclesiástica.[1] Asimismo, desde los primeros tiempos, los ancianos (obispos) habían juzgado las disputas entre cristianos e impuesto sanciones por delitos cometidos por ellos. El *Didache* del siglo I, las *Didascalia Apostolorum (Enseñanzas de los apóstoles)*, del III, y las *Constitutiones Apostolorum (Constituciones de los apóstoles)*, del IV, contenían muchas reglas de la Iglesia que pretendían regular la conducta y servir como base de toda adjudicación eclesiástica.[2] Asimismo, en los siglos III y IV, concilios eclesiásticos locales (sínodos) en África del Norte y en Arles decretaron leyes, y en el año 325 se reunió el primer concilio general (ecuménico) en Nicea, el que adoptó muchas leyes.[3] Por entonces, el término griego *kanon*, que originalmente significaba un rodillo, luego una vara de medir y con el tiempo una regla o norma, empezó a adquirir el significado jurídico técnico de una ley promulgada por un sínodo o por un concilio ecuménico, o aun por un obispo individual. ("Canon" llegó también a designar la lista auténtica o "canónica" de libros que componían las Sagradas Escrituras, así como las personas legalmente aceptadas, o "canonizadas", como santos. Otro significado se refiere a los "canónigos" del cabildo de una catedral, autorizados por el obispo local para servir como ministros.)

Al paso de los siglos, los cánones emitidos por sínodos y concilios ecuménicos, así como por obispos individuales, se multiplicaron y a menudo fueron reunidos en colecciones extraoficiales, que también contenían reglas establecidas en las Escrituras y en los textos de los Padres de la Iglesia, así como cartas decretales y decisiones de patriarcas, papas y obispos junto con edictos y decretos de emperadores romanos y otros gobernantes con respecto a la Iglesia.[4] Ninguna de estas colecciones reflejó la existencia de un sistema jurídico consciente. Ninguna de ellas pretendía ser completa o universal. En las primeras compilaciones, el contenido estaba dispuesto por orden cronológico; con el paso del tiempo, algunas fueron organizadas

laxamente de acuerdo con varios rubros, incluyendo algunos de naturaleza jurídica. Todas ellas combinaban reglas jurídicas con órdenes morales, doctrinas teológicas y fórmulas litúrgicas. No obstante, había muchas reglas, incluidas o no bajo rubros jurídicos, relacionadas con cuestiones jurídicas, como *1)* finanzas y propiedades de la Iglesia —por ejemplo, diezmos, dones caritativos, derechos de posesión y uso y disposición de tierras y edificios—; *2)* la autoridad eclesiástica —como poderes de nombramiento a cargos eclesiásticos, procedimientos para zanjar disputas entre el clero y sanciones disciplinarias—; *3)* relaciones entre autoridades eclesiásticas y seculares —por ejemplo, exención del clero del juicio en tribunales seculares en ciertos tipos de casos—; *4)* delitos —por ejemplo, las listas de los castigos que se impondrían por diversos tipos de delitos, incluyendo el homicidio y el perjurio—, y *5)* matrimonio y relaciones de familia —impedimento al matrimonio, legitimidad de los hijos, disolución del vínculo matrimonial, etcétera—.

Estas leyes eclesiásticas, tanto en Occidente como en Oriente, fueron muy influidas por el derecho romano. Fueron adoptados varios conceptos y reglas del derecho romano clásico y posclásico, sobre todo en cuestiones de propiedad, herencia y contratos. Además, la compilación hecha por Justiniano y sus sucesores en Oriente contenía incontables regulaciones imperiales con respecto a la liturgia y la teología, así como la autoridad eclesiástica.[5] También en Occidente, reyes y emperadores a menudo decretaron regulaciones eclesiásticas; en realidad, los emperadores francos afirmaban haber heredado el manto de la autoridad imperial romana sobre la Iglesia. Además, en la cultura de Europa occidental, dominada por clanes, la Iglesia era considerada como portadora del derecho romano, y el "código" de los francos ripuarios, la *Lex Ribuaria* del siglo VIII, contenía esta cláusula: *Ecclesia vivit jure Romano* ("la Iglesia vive por el derecho romano"). Esto significaba que en la medida en que cada quien llevara consigo el derecho de su clan y fuera juzgado de acuerdo con él, en cualquier lugar suponíase que la Iglesia llevaba consigo el derecho romano.

Además, las leyes de la Iglesia durante su primer milenio de historia llevaron consigo la poderosa influencia de la Biblia, especialmente del Antiguo Testamento. De la Biblia derivó la Iglesia la autoridad de los Diez Mandamientos y de muchos otros principios morales formulados como órdenes divinas. Y por encima de todo, la Biblia transmitió la omnipresente creencia en un orden universal gobernado por el Dios que era legislador supremo y a la vez juez supremo. Como heredera de la tradición de Israel, la Iglesia tomó en serio el carácter numinoso del derecho, su omnipresencia en el orden divino de la creación. Además, muchas reglas de conducta específicas contenidas en el Antiguo y el Nuevo Testamentos, así como muchos ejemplos y metáforas bíblicos, también fueron adoptados en los cánones de la Iglesia.

Desde luego, los conceptos y reglas jurídicos que prevalecieron en la

Iglesia de Occidente de los siglos V al X fueron influidos no sólo por el derecho romano y la ley bíblica, sino también y especialmente por el derecho consuetudinario de los pueblos germánicos, con su énfasis en el honor, el juramento, el castigo, la reconciliación y la responsabilidad de grupo.

Antes del siglo XI, la existencia de incontables leyes eclesiásticas que gobernaban una gran variedad de relaciones dentro de la Iglesia, y entre ella y las autoridades seculares, ha hecho que muchos eruditos duden de la tesis de Rudolph Sohm, el gran historiador de la jurisprudencia, de que el derecho eclesiástico "católico antiguo", como él lo llamó, era de carácter esencialmente sacramental, espiritual y teológico, y que sólo después del tratado de Graciano el derecho canónico se volvió verdaderamente "legal" en el sentido moderno.[6] Sohm dijo que antes del siglo XII la Iglesia era esencialmente una comunidad espiritual o sacramental y no una comunidad legal. Y, sin embargo, como lo ha señalado Stephan Kuttner, el

> entrelazamiento de lo "espiritual" y lo "material", el lado corporativo de la Iglesia, es tan antiguo como la Iglesia misma y... está fincado en la doble naturaleza de la Iglesia como comunión espiritual y al mismo tiempo... como sociedad corporativa... Si Sohm no vio la operación del movimiento "legal" en el antiguo derecho canónico, esto se debió en parte a que había negado el dualismo básico, es decir, la existencia de un elemento sacramental y uno jurisdiccional en la ley de la Iglesia primitiva y antigua.[7]

A pesar de todas estas salvedades, tal vez se pueda rescatar lo que es verdadero e importante en la tesis de Sohm. En general se reconoce que, antes de finales del siglo XI, los lados material y corporativo de la Iglesia se fundieron, en mucho mayor grado que después, con sus facetas espiritual y sacramental. El profesor Kuttner acaso convendría en que el "dualismo básico" del que habla, y que llegó a ser tan importante en el siglo siguiente al reinado del papa Gregorio VII, no fue *considerado* básico en el periodo anterior; al menos, no en el mismo grado. Las distinciones entre lo sagrado y lo profano eran mucho menos pronunciadas. El elemento jurisdiccional del derecho canónico era considerado parte integral del elemento sacramental, que abarcaba no sólo acontecimientos litúrgicos como el bautismo, el matrimonio y la ordenación, sino también una variedad no definida de actos y ritos morales y espirituales. Esto estaría conectado con el alto grado de heterogeneidad y el carácter intensamente local de las Iglesias en la cristiandad pregregoriana.

Más particularmente, el "entrelazamiento" (según el término de Kuttner) del derecho eclesiástico con la liturgia y la teología fue tan poderoso que al parecer a nadie se le ocurrió separar los aspectos legales y transformarlos en un sistema. De hecho, en las colecciones de leyes eclesiásticas que se compilaron antes de que terminara el siglo XI se mezclaron completamente reglas jurídicas con reglas (y no reglas) concernientes al culto y la fe. El término "derecho canónico" *(ius canonicum)* no fue empleado regu-

larmente antes del siglo XII, y el término *ius ecclesiasticum* fue aplicado a la parte de la ley imperial o real o feudal que gobernaba las relaciones eclesiásticas. Había *leyes* eclesiásticas, un *orden* legal dentro de la Iglesia, pero no un *sistema* de *derecho* eclesiástico, es decir, no había un cuerpo independiente, integrado y en desarrollo, de principios y procedimientos jurídicos eclesiásticos claramente diferenciados de la liturgia y de la teología.

La sistematización de las leyes de la Iglesia a finales del siglo XI y durante el XII se relacionó directamente con la Revolución papal en todos sus aspectos. Ya desde el año 1050, al comienzo mismo del movimiento reformista, se publicó una colección de cánones y de otros textos, la *Colección de 74 títulos*, que se remontaba a las decretales de algunos de los primeros papas y concilios romanos, para dar una base legal a la supremacía papal sobre la Iglesia y la independencia eclesiástica de toda autoridad secular. Esto fue seguido por otras colecciones similares: de Anselmo de Luca, del cardenal Deusdedit y de otros importantes reformadores. En el periodo que siguió a la muerte del papa Gregorio VII y antes de Graciano aparecieron muchas colecciones nuevas. En el decenio de 1090, las obras de Ivo de Chartres resultaron el primer esfuerzo por presentar todo el derecho de la Iglesia en forma coherente: una *Pannormia* ("toda ley"), como él la llamó. Este gran brote de estudio jurídico no sólo revela el surgimiento de un grupo cohesivo de juristas canónicos, sino también la importancia atribuida al derecho canónico por los jefes de la Revolución papal. Esto se relacionó directamente con la proclama, por el papado, de su derecho a legislar. Por vez primera, Gregorio VII afirmó el poder del papa para "crear leyes nuevas de acuerdo con las necesidades de los tiempos".[8] Las leyes nuevas, llamadas decretales, emitidas por él y por sus sucesores, no sólo fueron consideradas como adiciones a los cánones existentes, sino como algo nuevo. De este modo, en la historia del derecho eclesiástico se introdujo una revolucionaria periodización, y fue posible resumir las leyes sobre la base de esa periodización. Este movimiento tendiente a un resumen culminó en 1140, en el gran tratado de Graciano, que al punto fue reconocido como un sumario definitivo de lo que se había llamado *ius antiquum* y, a la vez, como una integración de éste con lo que fue llamado el *ius novum*. Los términos "antiguo derecho" y "nuevo derecho" que suelen atribuirse al periodo que siguió a Graciano, en realidad estuvieron implícitos en su división en dos grupos de las fuentes jurídicas del derecho canónico: los "antiguos" cánones conciliares y las "nuevas" decretales del papa. Huguccio, discípulo de Graciano, desarrolló la doctrina de que "una decretal prevalece sobre un canon", ya que el papa promulga decretales "partiendo de cierto conocimiento, de acuerdo con la ley".[9] De este modo, el sistema de derecho canónico, como fue concebido por Graciano, se basó en la premisa de que un cuerpo de derecho no es un cuerpo muerto, sino un *corpus* vivo, arraigado en el pasado, pero que crece hacia

el futuro. En contra de lo que a veces se ha supuesto, este concepto de evolución jurídica no fue invento de Edmund Burke, Friedrich Karl von Savigny y la "escuela histórica" de los siglos XVIII y XIX;[10] fue una presuposición básica de los juristas —y no juristas— occidentales desde fines del siglo XI y el XII, primero en la esfera eclesiástica y luego en la secular.

Estos elementos interrelacionados —*1)* la periodización en derecho viejo y derecho nuevo; *2)* el resumen y la integración de ambas como estructura unificada, y *3)* la concepción de que todo el cuerpo del derecho avanza en el tiempo en un proceso continuo— son rasgos definitorios de la tradición jurídica occidental.

El libro de Graciano, considerado como parte del proceso continuo de la ley misma, recibió un reconocimiento casi inmediato como declaración autorizada del derecho canónico. Además de ocupar un lugar junto con los textos del derecho romano como principal objeto de estudio en las escuelas de derecho europeas, fue citado como autoridad por papas, concilios de la Iglesia y tribunales eclesiásticos. Por no ser muy rígida su organización estuvo destinado a ser continuamente glosado y resumido; y pronto aparecieron de él abundantes glosas, comentarios, tratados y monografías.

Sobre el fundamento aportado por la obra de Graciano fue posible levantar un edificio no sólo de glosas y sumarios académicos, sino también de decisiones y legislación judicial. El papa Alejandro III (1159-1181), que era un célebre jurista (con el nombre de Rolando Bandinelli) y exdiscípulo de Graciano, promulgó varias decretales que se han conservado, además de otras que se han perdido. Muchas de éstas eran, en realidad, audiencias de casos decididos, es decir, reglas de derecho que eran la implicación necesaria de esas decisiones. El papa Alejandro III convocó al Tercer Concilio Lateranense en 1179, e Inocencio III, también distinguido jurista, al Cuarto Concilio Lateranense en 1215; de estos concilios surgieron cientos de leyes nuevas. (Los concilios se celebraban en el Palacio Lateranense de Roma, que también era iglesia catedral.) En el último decenio del siglo XII y en los primeros del XIII se prepararon cinco importantes compilaciones sistemáticas de decretales. Por último, en 1234, en tiempos del papa Gregorio IX, apareció una colección completa de decretales que contenía cerca de 200 secciones, en las cuales se resumía y se sistematizaba la labor de casi un siglo; junto con el *decretum* de Graciano, las *Decretales* de Gregorio IX constituyeron el cuerpo básico del derecho canónico de la Iglesia católica romana hasta la adopción del *Código de Derecho Canónico* de 1918.[11]

Estas compilaciones fueron glosadas, comentadas y resumidas por hábiles jurisconsultos; de hecho, los papas enviaron directamente las compilaciones a las universidades. También en estos aspectos —la directa relación entre el conocimiento jurídico y la práctica jurídica, y el carácter dialéctico del conocimiento jurídico manifestado en las glosas y sumarios de los textos que hacían autoridad— el nuevo sistema (en devenir) de derecho ca-

nónico ejerció una influencia formativa sobre los conceptos occidentales de la naturaleza de un sistema jurídico.

A pesar de todo, la sistematización del derecho canónico no fue simplemente cosa intelectual. Las tensiones entre lo antiguo y lo nuevo, el todo y las partes o la teoría y la práctica, no habrían podido armonizarse tan sólo mediante libros y conferencias, aunque la ciencia jurídica desempeñara un papel de extraordinaria importancia en el proceso de armonización. Y tampoco la teología por sí sola, o la teología y la jurisprudencia unidas, habrían podido mantener la integridad del sistema jurídico. También fue necesario que elementos armonizadores ingresaran en el propio derecho positivo.

La relación del derecho canónico con el derecho romano

A veces se dice que el nuevo sistema de derecho canónico fue un "retoño" del derecho romano de Justiniano[12] y que "las grandes codificaciones que integraron el *Corpus Iuris Canonici* siguieron el modelo de las que habían integrado el *Corpus Iuris Civilis*".[13] Tales afirmaciones requieren por lo menos la aclaración de que no es al derecho romano de Bizancio del siglo VI, sino al renovado y transformado derecho *romanista* del cristianismo, de los siglos XI y XII, al que se debe atribuir la paternidad del derecho canónico. No obstante, aun con esta modificación, la idea de que el derecho canónico siguió, en cierto modo, el modelo del derecho romano, incluye varios graves errores de interpretación. Los canonistas emplearon abundantemente el derecho romano —como en aquel tiempo se le interpretaba— así como utilizaban la ley bíblica y el derecho germánico; los empleaban a todos como fuentes. Entonces, podría hablarse, con ciertas salvedades, del sistema jurídico "romano-canónico". Los canonistas también compartían con los romanistas de su época las mismas teorías básicas sobre la naturaleza y las funciones del derecho y los mismos métodos básicos de análisis y síntesis de los opuestos: teorías y métodos que se tomarían mutuamente canonistas y romanistas. En realidad, no sólo teorías y métodos, sino también muchos conceptos e instituciones jurídicos específicos, pasaron a formar parte de la contemporánea ciencia jurídica romana a partir de la nueva ciencia del derecho canónico.[14]

La comparación del derecho romano y el canónico se confunde, a fines del siglo XI, en el XII y en el XIII, debido a que el canónico era el derecho positivo de la Iglesia, mientras el romano no era el derecho positivo de ninguna entidad específica de Occidente. Desde luego, el derecho romano era el derecho positivo del Imperio romano en Bizancio; pero no era así como lo interpretaban los romanistas de Occidente: no era el *corpus iuris Romani*. En Occidente, el derecho romano de Justiniano era considerado el derecho ideal, la encarnación escrita de la razón, *ratio scripta*, cuyos principios debían gobernar, por doquier, toda regulación legal, tanto en la Iglesia como en las entidades seculares. Los juristas buscaban en los textos de Justiniano, así como buscaban en la ley mosaica y después buscarían en Aristóteles fuentes de derecho positivo. Ciertamente, desde la época de Carlomagno los emperadores de Occidente se arrogaron la sucesión de la autoridad de los antiguos emperadores romanos; y con el descubrimiento de los textos de Justiniano, los emperadores de Occidente —así como los papas— se basaron en ellos en busca de apoyo. Pero el "Sacro Imperio Romano de la Nación Germánica"[15] estaba gobernado por leyes promulgadas por emperadores de Occidente, sobreimpuestas a leyes tribales (de clan), locales, feudales, urbanas, mercantiles, eclesiásticas y de otras órdenes particulares. Las reglas, los conceptos y las instituciones del derecho romano sólo pasaron a ser el derecho positivo del Imperio de Occidente, como habían pasado a ser el derecho positivo de la Iglesia de Occidente, si habían sido expresamente incorporadas al derecho positivo por medio de legislación o de interpretación de los juristas. Al derecho romano se le llamó "la criada del derecho canónico": igualmente se le habría podido llamar la criada del derecho imperial y la criada del derecho positivo de los nacientes reinos, ciudades y Estados seculares. Sin embargo, siempre fue una criada; se equivocan quienes suponen que los juristas de Occidente creían que el Imperio romano de Oriente de Justiniano siguió existiendo, de algún modo, en Occidente como realidad política.[16]

Acaso la diferencia más significativa entre el derecho romano y el derecho canónico en Occidente fuese que el romano, con ciertas raras excepciones, fue tratado como algo terminado, inmutable, que se debía reinterpretar, pero no modificar.[17] Por contraste, el derecho canónico, aunque también viniese del pasado, no estaba terminado y continuamente había que rehacerlo. Tenía una cualidad de desarrollo orgánico, de desarrollo consciente a lo largo de generaciones y siglos. Esto le daba un carácter un tanto desordenado, que acaso le hiciese menos atractivo que el derecho romano como disciplina intelectual,[18] pero sin duda más interesante desde los puntos de vista moral y político, pues su "desorden" como ciencia era parte necesaria de su calidad dinámica como sistema: su paso del pasado al futuro. La existencia de esta dimensión temporal es atributo esencial de los modernos sistemas jurídicos occidentales.

Fundamentos constitucionales del sistema de derecho canónico

Los elementos armonizadores o estructurales del derecho canónico, que ayudaron a convertirlo en un sistema independiente, integrado y en desarrollo, se derivaron en parte de la constitución de la Iglesia, tal como esa constitución era interpretada a finales del siglo XI y durante el XII. Empleamos aquí el término "constitución" en su sentido moderno, para referirnos a la ubicación y los límites de la soberanía, el proceso de selección de los go-

bernantes, la asignación de los poderes legislativo, administrativo y judicial, el alcance de la autoridad gubernamental y los derechos y deberes básicos de los súbditos. Este uso puede parecer anacrónico, pues la Iglesia no sólo careció de una constitución formal en los siglos XI y XII, sino que tampoco había sistematizado su derecho constitucional. Lo más cercano a un subsistema de derecho constitucional dentro del derecho canónico que los canonistas de aquella época llegaron a crear fue su ley de las corporaciones y la aplicación de ésta a la entidad eclesiástica. No obstante, en general se reconocieron ciertos principios constitucionales básicos, que quedaron subyacentes en el nuevo sistema del derecho canónico en conjunto.

Edificando sobre la Reforma gregoriana, y especialmente sobre los *Dictados* de Gregorio de 1075, los canonistas de finales del siglo XII y del XIII atribuyeron el supremo gobierno (*imperium*) de la Iglesia al papa. El papa era cabeza de la Iglesia; todos los demás cristianos eran sus miembros. Él tenía plena autoridad *(plenitudo auctoritatis)* y pleno poder *(plenitudo potestatis).*[19] Aunque en la práctica sus poderes estuvieran limitados —sólo gradualmente aumentaron, sobre todo en los siglos XIII y XIV— desde la época de Gregorio VII, el papa fue por derecho el legislador supremo, el administrador supremo, el juez supremo. Podía promulgar leyes, fijar impuestos, castigar delitos. Podía establecer y suprimir obispados. Podía disponer de los beneficios eclesiásticos y tenía autoridad final con respecto a la adquisición, administración y enajenación de todos los bienes de la Iglesia. A él se podía apelar sobre todas las acciones y decisiones de los cuerpos o dignatarios de la Iglesia: por ejemplo, las decisiones de los tribunales eclesiásticos o las elecciones controvertidas de obispos. Además, era juez universal de primera instancia; todo cristiano podía recurrir a él en cualquier asunto que requiriera resolución judicial, y sólo él podía conocer de las llamadas causas mayores, como en los casos relacionados con la deposición de obispos o la determinación de disputados artículos de fe. Tenía autoridad suprema para excomulgar a quienes se mostraran recalcitrantes. Sólo él podía convocar a un concilio general, cuyas decisiones sólo entraban en vigor después de ser confirmadas por él. Por último, era el maestro supremo de la Iglesia, con voto decisivo en la definición de los dogmas eclesiásticos y la determinación de las reglas de la liturgia y otros asuntos del culto. También en el siglo XII el papa recibió la capacidad única para canonizar santos.

Estos poderes no correspondían al papa por ser obispo de Roma, sino que correspondían al obispo de Roma por ser papa; es decir, eran suyos no en virtud de su ordenación *(potestate ordinis),* sino en virtud de su jurisdicción *(potestate iurisdictionis).* De hecho, el arcediano Hildebrando fue elegido papa Gregorio VII aunque aún no había sido ordenado sacerdote, y mucho menos obispo. Una vez papa, sus opiniones en cuestiones que se le presentaran *como papa* debían recibir preferencia, según la expresión de Graciano, sobre las de tan respetados teólogos como San Agustín y San Jerónimo. Pero, añadió Graciano, en asuntos tocantes a la interpretación de las Escrituras se preferirían las opiniones de San Agustín y San Jerónimo a las del papa. Después de todo, dijo Graciano, el papa podía ser un hereje.[20] Su poder para decidir disputas doctrinales no se derivaba de unas cualidades espirituales superiores, sino tan sólo de su jurisdicción como dignatario supremo de la Iglesia.[21]

La marcada distinción entre ordenación y jurisdicción, hecha por vez primera a finales del siglo XI y durante el XII, fue uno de los principios constitucionales básicos de la Iglesia de Roma. La ordenación era un sacramento, es decir, un símbolo sacro de la gracia divina. Con la ordenación, cada sacerdote recibía de Dios la autoridad de oficiar misa, de celebrar la eucaristía, de oír confesiones e imponer penitencias y de efectuar otros ritos sacramentales y sacerdotales; un obispo, con su ordenación, también podía ordenar sacerdotes y consagrar otros obispos. Por lo contrario, la jurisdicción era un poder conferido por la Iglesia como entidad corporativa legal. Era el poder de gobernar por derecho, de "decir derecho" *(ius dicere)* dentro de los límites establecidos por la ley. En virtud de su jurisdicción, cada obispo tenía la suprema autoridad legislativa, administrativa y judicial dentro de su diócesis sujeto al papa, así como el papa, por virtud de su jurisdicción, tenía la suprema autoridad legislativa, administrativa y judicial dentro de la Iglesia en conjunto. Esta autoridad, derivada de su jurisdicción, podía ser ejercida por cualquiera en quien legalmente hubiese recaído. Por ejemplo, el papa podía nombrar a un diácono como juez en una disputa entre dos obispos. Este poder no había existido antes de la Revolución papal.

Así, el *imperium* y la *auctoritas* o *potestas* del papa, aunque supremos y completos, también eran identificados como su *iurisdictio,* lo que significaba que eran de naturaleza legal. Pero esto, a su vez, significaba que había límites legales a su ejercicio.

Estos límites legales estaban implícitos en el modo de selección del papa así como de los obispos, abades y otros dignatarios eclesiásticos subordinados. Antes de la Revolución papal, la selección de papas, obispos y abades había sido considerablemente influida por emperadores, reyes, príncipes o señores feudales. Uno de los primeros hechos que condujeron a la Revolución papal fue el decreto de un concilio eclesiástico de Roma, convocado por el papa Nicolás II en el año 1059, que confería a los cardenales de Roma —obispos y sacerdotes de las diócesis vecinas, que también desempeñaban algunas funciones litúrgicas y de otra índole en las grandes basílicas de Roma— el principal papel al seleccionar a un papa.[22] Un siglo después, un decreto de Alejandro III confirió a los cardenales el poder exclusivo de elegir a un nuevo papa, y en 1179, el Tercer Concilio Lateranense decidió que el número de votos requerido sería una mayoría de dos tercios. (Según el decreto de Nicolás II habría bastado una mayoría sencilla, pero era una mayoría condicionada, es decir, una mayoría de "la parte

mayor y más sabia" de los electores.) Una vez elegido, el papa reinaba de por vida (a menos que renunciara, como lo hizo uno de ellos). Pero cuando había vacante, no sólo la política, sino también la ley desempeñaba un papel importante en la elección del sucesor, y esto contribuyó sin duda al concepto de responsabilidad papal ante la Iglesia. A menudo, las elecciones papales eran muy reñidas. A veces hubo papas rivales. De hecho, en los 278 años que van de 1100 a 1378, con excepción de 82 años, los papas legítimos se vieron obligados a vivir fuera de la ciudad de Roma.[23]

Desde luego, los cardenales eran nombrados por el papa, aunque con el tiempo adquirieron cierta independencia. Gobernaron la Iglesia durante un interregno del papado. A ellos se les reservaban los grandes cargos de la Iglesia. Llegó a ser cuestión de derecho consuetudinario que el papa solicitara su consentimiento, como cuerpo integrado, para la creación de nuevos obispados, la transferencia de un obispo de una sede a otra y el nombramiento de abades, así como otras diversas cuestiones de importancia. A veces, la tensión se agudizaba cuando el Colegio de Cardenales trataba de extender sus poderes y los papas se oponían a tales intentos.[24]

Así como el papa era elegido por los cardenales, así un obispo era elegido por el cabildo de la catedral, es decir, por los canónigos y otros clérigos que vivían y trabajaban en la capital de la diócesis; y el abad era elegido por los monjes del convento. El hecho de que el papa pudiese oír apelaciones en nombre de los candidatos perdedores en disputadas elecciones de obispos y de abades nos da una indicación del dominio papal. Sin embargo, al menos en teoría, sólo si los electores habían sido negligentes o si había habido una votación dividida, o si por alguna razón se había violado el debido procedimiento, podía el papa entrar en acción. Y en la práctica, los sacerdotes del cabildo de la catedral o los monjes del convento por lo general desempeñaban un papel importante. Si se burlaba su voluntad, podían causar mucho escándalo. También aquí, el principio electoral —antes de su gradual decadencia y virtual desaparición en los siglos XIV y XV— ayudó a mantener el carácter constitucional de la monarquía papal y de la cadena jerárquica de autoridad.

No sólo el principio electoral y la necesidad de dar acomodo a los cardenales, obispos y clero en general, sino también la complejidad misma del sistema eclesiástico de gobierno sirvieron como considerable freno al absolutismo papal. Y aunque la legislación fuese su única prerrogativa, no obstante los papas de los siglos XII y XIII tuvieron la necesidad de convocar periódicamente a concilios generales para que los ayudaran en el proceso legislativo. Tales fueron las primeras legislaturas de Europa. Asimismo, con respecto a la administración, el papado creó una muy eficiente burocracia de especialistas en diversos campos (véase la gráfica 1). La cancillería papal era la encargada de redactar y emitir documentos, incluyendo escritos que incoaran casos judiciales, y de guardar los archivos de los decretos, regulaciones y decisiones del gobierno papal; el canciller era el

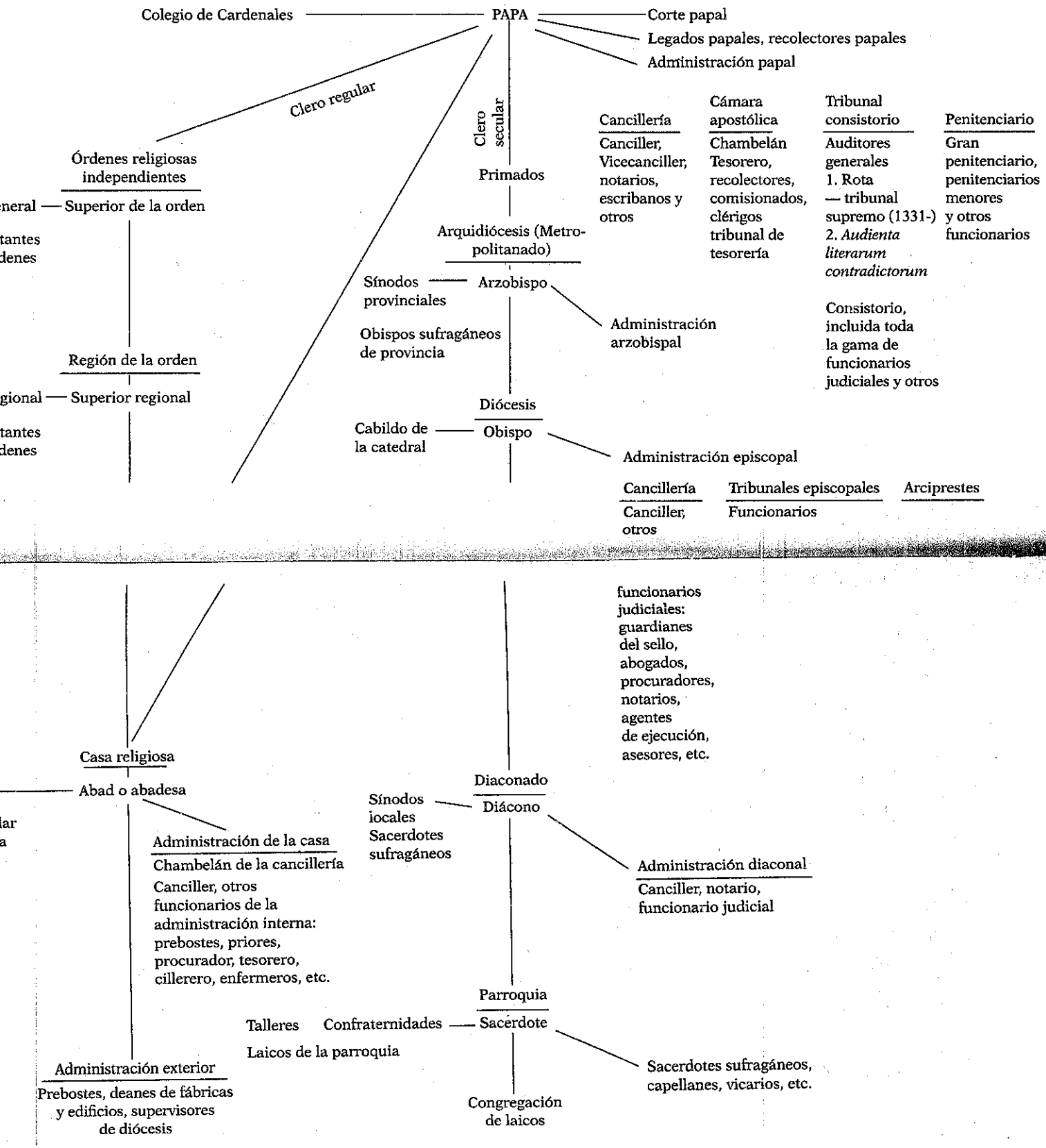
cuidador del sello papal. La tesorería papal, llamada Cámara Apostólica, actuaba a la vez como tesorería de los ingresos papales y como ministerio de finanzas. Además, la Cámara tenía su propio tribunal para casos civiles y penales relacionados con impuestos y otros asuntos financieros. El tribunal papal de jurisdicción general, tanto original como de apelaciones, en el siglo XII fue llamado el Consistorio. El papa lo presidía personalmente. Al extenderse la jurisdicción papal, los papas empezaron a nombrar a auditores judiciales (cardenales, obispos o simples capellanes) cuyas decisiones eran definitivas, pero sometidas a la ratificación papal. En el siglo XIII los auditores formaron un cuerpo permanente llamado la Audiencia del Palacio Santo, que deliberaba como cuerpo (a menudo dividido en secciones) y al término de ese siglo se estableció un tribunal de apelaciones para casos civiles y penales. (En el siglo XIV se estableció un tribunal supremo, al que luego se llamó la Rota.) Además, la casa papal tenía un "penitenciario", que oía casos en el foro "interno", es decir, casos de pecado que no debían tratarse como delitos penales o civiles, sino por medio de la confesión y la penitencia. El Gran Penitenciario oía las apelaciones contra penitencias impuestas por obispos, y administraba censuras y absoluciones reservadas al papa.

El gobierno papal también actuaba, en los niveles regional y local, por medio de legados papales, así como por otros elegidos y subordinados. Desde los primeros tiempos, los papas ocasionalmente habían nombrado delegados para actuar en su nombre, pero sólo después de la Revolución papal esos delegados llegarían a ser instrumentos regulares del gobierno pontificio.[25] Los había de tres clases: el legado proctorial, que era enviado a una localidad o región con "plenos derechos" para actuar en lugar del papa, fuese con un mandato general o con uno especial; el juez-delegado, que ejercía el poder judicial del papa en casos particulares; y el nuncio, quien hasta el siglo XVI sólo tuvo una limitada capacidad de representar al papa, por ejemplo, al transmitir mensajes, recabar información o negociar y concluir acuerdos en asuntos particulares. De ellos, el legado proctorial era el más poderoso; a veces se le autorizaba a presidir un concilio por encima de los obispos y a pronunciar sentencias de deposición contra ellos. Sin embargo, las decisiones de todos estos tipos de legados papales estaban sujetas a apelación al propio papa.

Los papas también ejercieron su autoridad por medio de otros cargos, especialmente de los recolectores papales (de ingresos) y los banqueros papales (quienes cobraban los préstamos).

Además, los arzobispos y obispos, así como los jefes de las principales órdenes religiosas y de los conventos particulares que caían directamente bajo la autoridad papal, también eran, en cierto sentido, funcionarios del papa. Desde finales del siglo XI, al ser consagrados debían prestarle juramento de lealtad. La aprobación de éste era necesaria para su consagración, y todas las decisiones que tomaran quedaban sujetas a su confirmación.

. 1. *Estructura del estado de la Iglesia de Occidente, 1100-1500. Los niveles de autoridad y de vida religiosa están indicados por una línea horizontal; el nombre de la institución se proporciona arriba, seguido abajo por el título de su líder o cabeza*



instituciones de representación o consenso aparecen a la izquierda del líder o cabeza del nivel de autoridad. Las instituciones de administración apare-
erecha del líder o cabeza del nivel. Los miembros de una institución se dan, generalmente, bajo el nombre de la institución.

No obstante, los obispos eran más que funcionarios del papa, tanto en la teoría como en la práctica. Cada cual también era supremo en su propio nivel de autoridad. Aun después de la Revolución papal cada obispo siguió siendo el supremo juez, legislador y administrador de su propia diócesis... A menos que el papa interviniera. Por tanto, sólo a medias es verdad decir que el papa gobernaba toda la Iglesia por medio de un cuerpo de obispos; la otra mitad de la verdad es que los obispos gobernaban sus respectivas diócesis sujetos al papa. También ellos tenían *imperium, auctoritas* y *potestas iurisdictionis*... aunque no de la misma plenitud. El papa tenía que contar con ellos; no podía simplemente darles órdenes.

Al mismo tiempo, el obispo estaba rodeado en su diócesis por varios funcionarios, quienes en la práctica ejercían un considerable poder de contrapeso. Los canónigos del cabildo de la catedral elegían al obispo, así como los cardenales elegían al papa. Los canónigos también elegían a un preboste o deán, quien presidía las asambleas del clero de la catedral. El cabildo estaba facultado para juzgar a sus propios miembros ante sus propias cortes por infracciones a la disciplina. Se necesitaba el consentimiento del cabildo para varios actos del obispo: por ejemplo, para la enajenación de bienes de la Iglesia. Los privilegios de los cabildos catedralicios variaban de una diócesis a otra; en muchos lugares, las tensiones entre el cabildo y el obispo causaron apelaciones a Roma, por un bando u otro.

Los funcionarios del obispado empezaron a multiplicarse a finales del siglo XI, así como se multiplicaban los funcionarios de la curia papal. El arcediano adquirió mayor poder como principal funcionario ejecutivo; generalmente elegido por el obispo, se encargaba de los asuntos cotidianos de la diócesis. El canciller surgió como guardián del sello episcopal y dignatario encargado de la correspondencia y de los asuntos externos de la diócesis. El "oficial" *(officialis)*, docto en derecho, hacía las veces de juez en lugar del obispo. Los judiciales guardianes del sello, notarios o empleados, abogados, procuradores, agentes ejecutores de las órdenes de la corte, consejeros y otros tipos de funcionarios judiciales o cuasi judiciales surgieron en la corte del obispo, así como los arciprestes, coadjutores y otro tipo de clérigos aparecieron para ayudar al obispo en sus funciones litúrgicas.

Así como el papa se valía de agentes intermedios para gobernar las diócesis, así también los obispos tenían agentes intermedios para gobernar las parroquias. Para las parroquias más grandes, el obispo (junto con el arcediano) seleccionaba a los diáconos, cada uno con su propia pequeña cancillería, su amanuense y su funcionario judicial, encargado de vigilar la propiedad, llevar los libros, ayudar a los sacerdotes necesitados e informar de los delitos graves de los clérigos. Asimismo, de cuando en cuando se convocaban asambleas de sacerdotes de la diócesis —los sínodos locales—, y suponíase que el obispo haría una visita oficial a cada parroquia una vez

al año. Y así como los obispos hacían juramento de fidelidad al papa el día de su ordenación, también se pedía que los sacerdotes hicieran juramento de fidelidad al obispo. Los obispos podían, asimismo, enviar nuncios para inspeccionar las parroquias y transmitir órdenes.

También a nivel parroquial existía una división de funciones y un sistema de frenos al ejercicio arbitrario del poder. El párroco era responsable del gobierno espiritual de la parroquia y de la administración de sus propiedades. Para con sus superiores —el obispo y el papa— tenía el deber de pagar los impuestos eclesiásticos. El derecho canónico también le exigía residir continuamente en su parroquia. Al mismo tiempo, sobre todo en las parroquias grandes, el sacerdote estaba rodeado por ayudantes, clérigos y laicos, cuyas necesidades y deseos no podía pasar por alto. Le ayudaban unos sacerdotes sufragáneos, especialmente en la dirección de la liturgia. Los capellanes, que podían ser clérigos o simples feligreses, supervisaban las obras de caridad en la parroquia y a menudo se les encargaba dar instrucción a los niños. Las "cofradías" de fieles cristianos de la parroquia se dedicaban a la devoción, la caridad y la penitencia. Le Bras las llama "células de devotos cristianos... pequeñas parroquias dentro de la gran parroquia".[26] En general, celebraban asambleas anuales. También se originó en el siglo XII la práctica de formar "talleres" *(fabricae)* de laicos, para ayudar a administrar las propiedades de la parroquia; esto a menudo causó irritación a los párrocos y al obispo.[27]

De esta manera, aunque todos los poderes gubernamentales dentro de la Iglesia estaban unidos en última instancia en manos del papado, la autocracia papal quedaba limitada por la división de funciones dentro de la burocracia en el más alto nivel, así como por el carácter jerárquico o piramidal del gobierno eclesiástico en conjunto. Estas limitaciones ciertamente no llegaban a los conceptos modernos de separación de poderes y de federalismo;[28] y, sin embargo, constituyeron importantes frenos al absolutismo, y por lo menos fomentaron hábitos y tradiciones de gobierno que los papas, por lo general, no quisieron alterar. Se creó una estructura formal, jurídica y burocrática que fue una innovación completa en la Europa germánica. El gobierno quedó separado de la lealtad personal del hombre al señor. Se desarrollaron unas complejas relaciones interorganizativas, en notable contraste no sólo con las instituciones tribales, sino también con las feudales y aun con las anteriores instituciones imperiales, fuesen bizantinas o francas. La complejidad y especificidad mismas de la estructura fueron verdadera fuente de principios constitucionales. "Con un gobierno tan delicado y extendido como el de la Iglesia medieval, obtener un consenso era absolutamente crítico."[29]

El constitucionalismo en el gobierno eclesiástico se facilitó, ante todo, por los límites fijados al alcance de la propia autoridad eclesiástica. Estas limitaciones fueron impuestas, en parte, por la teoría del dualismo de las autoridades eclesiásticas y seculares, y en parte por la práctica de resisten-

cia de la autoridad secular a los abusos y excesos eclesiásticos. Cierto es que algunos papas y juristas canónicos, especialmente en los siglos XIII y XIV, hicieron extravagantes reclamaciones de competencia eclesiástica ilimitada, para legislar no sólo en cuestiones de fe, doctrina, culto, sacramentos, cargos eclesiásticos y disciplina clerical, sino también en cuestiones de contratos, propiedades y delitos de todas clases, y hasta en asuntos de política secular. No obstante, en general, la Iglesia, después del Concordato de Worms de 1122, llegó a aceptar, en la teoría tanto como en la práctica, unas considerables limitaciones al alcance de su autoridad. La separación misma de la autoridad eclesiástica y la secular fue un principio constitucional de primera magnitud, que imbuyó todo el sistema del derecho canónico.

Además, dentro de la propia Iglesia, vista como entidad separada de entidades seculares, había limitaciones teóricas así como prácticas a la arbitrariedad, fuese del papado o de los príncipes episcopales. En primer lugar, se aceptaba que la Iglesia como institución visible había sido fundada por el propio Cristo, y que Él y los apóstoles, y después los Padres de la Iglesia y los concilios ecuménicos de los siete primeros siglos, le habían dado normas definidas e inmutables de creencia y conducta. Aun en la cúspide del poder papal, una glosa común de un canonista declaró que "sería peligroso comprometer nuestra fe por la voluntad de un solo hombre".[30] Se daba por sentado que ni el papa ni un concilio general podía modificar el dogma de la Iglesia ni introducir, a voluntad, un nuevo dogma.

> Las nuevas enseñanzas deberán ser puestas a prueba contra el dogma existente pero, por encima de ello, sólo serán declaradas las doctrinas que ya estaban implícitas en el tesoro existente de enseñanzas de la Iglesia y que se presentaran como desarrollo orgánico del ya existente fundamento de creencias.[31]

Más concretamente, el alcance de la autoridad de papas y concilios generales así como de obispos y de concilios locales estaba específicamente limitado, tanto por el derecho divino como por el derecho natural. Es cierto que nadie estaba autorizado a invertir o a pasar por alto un decreto papal que violase el derecho divino o el derecho natural; el único recurso era la acción política o bien la desobediencia civil. No obstante, los canonistas echaron una base legal para esa resistencia. Graciano escribió que "Un papa no puede ser juzgado por nadie, a menos que sea atrapado desviándose de la fe".[32] Esto allanó el camino, como lo ha dicho Brian Tierney, a una teoría de deposición del papa por motivo de herejía.[33] Canonistas posteriores añadieron otros motivos, incluyendo la disipación de la propiedad de la Iglesia, y, al término del siglo XII, Huguccio desarrolló la teoría de que un papa podía ser juzgado y depuesto por notoria fornicación, robo, sacrilegio u otro delito patente que causase escándalo en la Iglesia.[34]

Además, los canonistas de los siglos XII y XIII afirmaron que el papa no

podía actuar en contra del "estado" *(status)* de toda la Iglesia, y que no podía aplicar una ley que fuese en perjuicio de su "estado general" *(generalis status ecclesiae)*, es decir, su carácter, su bienestar general o su orden público o, como se le llamaría en siglos posteriores, su constitución.[35] Hasta el papa Inocencio IV (1243-1254), uno de los monarcas papales más autoritarios, reconoció la posibilidad de desobedecer a un papa si ordenara una cosa injusta, que perturbara el *status ecclesiae*, como por ejemplo, si su orden contuviera una herejía.[36]

Las teorías de las limitaciones constitucionales al absolutismo papal se debilitaron por falta de un tribunal que pudiese desafiar al papado. No hubo ningún juicio o deposición de un papa hasta comienzos del siglo XV, cuando el Concilio de Constanza depuso a dos papas rivales y aceptó la renuncia de un tercero. No obstante, aun en el clímax del poder papal, esas teorías de la limitación tenían una sólida base en condiciones sociales, económicas y políticas que conducían claramente a la autonomía local. Citando a Tierney: "Pese a la persistente tendencia a la centralización papal, toda la Iglesia, no menos que los Estados seculares, conservó con un sentido de federación de unidades semiautónomas, una unión de innumerables cuerpos mayores o menores". Tierney menciona obispados, abadías, colegios, capillas, gremios, órdenes religiosas, congregaciones y cofradías, todas las cuales "ejercían considerables derechos de autogobierno".[37]

De este modo, la identificación, hecha por los canonistas, de *imperium* con *iurisdictio* correspondía a la constitución viva de una entidad eclesiástica. La Iglesia era un *Rechtsstaat*, un Estado basado en el derecho. Al mismo tiempo, las limitaciones puestas a la autoridad eclesiástica, en especial por las entidades seculares, así como las impuestas a la autoridad papal dentro de la Iglesia, especialmente por las estructuras mismas del gobierno eclesiástico, fomentaron algo más que la legalidad en el sentido de *Rechtsstaat*, algo más afín a lo que los ingleses llamarían después "la soberanía del derecho".

El derecho corporativo y el derecho constitucional de la Iglesia

El principio de las limitaciones jurisdiccionales al poder y la autoridad fue un principio constitucional básico subyacente en el nuevo sistema del derecho canónico de fines del siglo XI y durante el XII. Sin embargo, un análisis de los modos en que se aplicó el principio jurisdiccional exigirá una consideración no sólo del derecho constitucional como tal, sino, más bien, del derecho corporativo. Según los canonistas, era la Iglesia como entidad jurídica corporativa la que confería jurisdicción a cargos eclesiásticos particulares (papa, obispos, abades), y la ley de las corporaciones la que determinaba la naturaleza y los límites de la jurisdicción así conferida.

El término "corporación" *(universitas;* también *corpus* o *collegium)* se derivó del derecho romano, así como muchos de los términos empleados para definirlo y muchas de las reglas que le eran aplicables. Y, sin embargo, hay sustanciales diferencias entre el derecho corporativo de los romanos y el de los juristas de Europa occidental del siglo XII.

Según el derecho romano de tiempos de Justiniano,[38] el Estado como tal (aún llamado *populus Romanus)* era considerado una corporación, pero sus derechos y sus obligaciones eran regulados administrativamente y no en los tribunales, y no estaba sometido al derecho civil; sin embargo, la tesorería imperial sí tenía derechos de propiedad y otros derechos y obligaciones civiles, y podía demandar y ser demandada en los tribunales ordinarios. También las municipalidades eran corporaciones con derecho de poseer propiedades y de hacer contratos, de recibir donativos y legados, de demandar y de ser demandadas y, en general, de efectuar actos legales por medio de representantes. De manera similar, muchas asociaciones privadas, incluyendo organizaciones para mantener un culto religioso, cooperativas de entierros, clubes políticos y gremios de artesanos o comerciantes eran considerados como corporaciones, aunque sus derechos dependían de los privilegios y las libertades concedidos por el emperador. En el año 381, cuando el cristianismo pasó a ser religión oficial del Imperio —y, hasta cierto punto, desde antes de esa época— se añadieron iglesias y conventos a la lista de asociaciones con capacidad para recibir donativos y legados, así como de tener derechos de propiedad y de hacer contratos, en general, y el derecho de actuar como personas jurídicas por medio de representantes. Además, la legislación de Justiniano reconocía la capacidad legal de recibir donativos y legados de sociedades de caridad como hospitales, asilos, orfanatos, hogares para los pobres y para los ancianos, con propósitos especiales; el obispo de la diócesis conservaba un derecho general de revisión. (Ni en Oriente ni en Occidente se aplicó antes de finales del siglo XI el concepto de corporación como entidad jurídica a toda la Iglesia: la Iglesia Universal.)

Los juristas romanos, con su intensa hostilidad a las definiciones y las teorías, no enfocaron en términos generales la cuestión de la relación de la *universitas* con el conjunto de sus miembros. El *Digesto* declaraba epigramáticamente: "Lo que es de la corporación no es de los individuos", y asimismo, "Si algo es propiedad de una corporación, no es propiedad de individuos; tampoco los individuos poseen lo que la corporación posee". Sin embargo, los juristas romanos no analizaron muchas cuestiones: por ejemplo, si una corporación deriva su existencia y sus poderes de una concesión por una autoridad pública o por la voluntad de sus fundadores, o por su propia naturaleza como asociación; qué poderes ejercen sus funcionarios, y qué es lo que no pueden hacer sin el consentimiento de los miembros, y cómo se elegirá a esos funcionarios y cómo y por qué se les podrá destituir. Hasta los enunciados "persona legal" y "personalidad legal" rara vez fueron empleados por ellos, y nunca se analizaron. Sólo en retrospectiva podemos discernir varios principios implícitos del derecho corporativo romano que se hicieron explícitos en el pensamiento jurídico occidental en el siglo XII, cuando el derecho de las corporaciones empezó a ser sistematizado. Dos de ellos fueron el principio de que una corporación tiene capacidad legal de actuar por medio de representantes y el de que los derechos y deberes de la corporación son distintos de los de sus funcionarios.

Las reglas romanas del derecho corporativo fueron llevadas por la Iglesia a las comunidades germánicas de Europa occidental. Sin embargo, tuvieron que competir con los conceptos cristianos de la naturaleza corporativa de las comunidades eclesiásticas, y también con los conceptos germánicos de la naturaleza corporativa de las asociaciones en general. San Pablo había dicho que la Iglesia era el cuerpo o *corpus* de Cristo *(1 Co.* 12:27), y escribió a los Gálatas: "...todos vosotros sois uno en Cristo Jesús" *(Ga.* 3:28). Otras metáforas cristianas para designar a la Iglesia eran "esposa", "mujer" y "madre". Todas esas personificaciones pretendían aplicarse a la comunidad de los creyentes, "la comunión de los santos", "la congregación de los fieles". Aunque se aceptaba que todos los cristianos, de cualquier parte, formaban un cuerpo espiritual, el mayor hincapié se hacía en la unidad espiritual de Iglesias y diócesis individuales. A este respecto se subrayó además que el prelado de la Iglesia individual —el párroco o el obispo, o algún otro pastor de la grey— estaba unido con su Iglesia en un matrimonio espiritual. Así como creíase que Cristo estaba casado con la Iglesia Universal, así también creíase que el obispo o el sacerdote estaba casado con la Iglesia local. La representaba como la cabeza representa al resto del cuerpo. Estas ideas cristianas eran diametralmente opuestas a las ideas implícitas en el trato dado a las Iglesias como corporaciones según el derecho romano. Esto no significa que en el Imperio romano o bajo los emperadores y reyes germánicos la Iglesia se opusiera a dar a Iglesias individuales la categoría de corporaciones según el derecho romano. Por lo contrario, ávidamente buscaba la protección de ese *status*. No obstante, era al menos anómalo que según el derecho romano los cristianos que integraban una corporación eclesiástica no asumieran ninguna responsabilidad de los actos realizados por sus prelados en nombre de la corporación y para su beneficio; y aún más anormal era que se considerase que los propios prelados sólo actuaban como agentes y no, por ejemplo, como miembros o socios constituyentes dentro de la asociación.

Los conceptos germánicos de asociación tenían cierta semejanza con los conceptos cristianos de la Iglesia como "una persona", un *corpus mysticum*. Como lo ha subrayado Otto von Gierke, el gran historiador de derecho germánico, entre los germanos se suponía que la familia o el grupo de guerreros o el clan o la aldea tenía una personalidad de grupo, compartida por todos sus miembros; su propiedad era la propiedad común y todos tenían una responsabilidad común de cumplir con sus obligaciones. En

cambio, según Gierke, la *Genossenschaft* ("confraternidad") no derivaba su unidad y su propósito de una autoridad superior, fuese divina o humana, sino tan sólo de sí misma, es decir, sólo de la voluntaria unión de los miembros para alcanzar un fin que se habían propuesto por sí mismos.[39]

Los canonistas del siglo XII utilizaron antiguos conceptos romanos, germánicos y cristianos de entidades corporativas al desarrollar un nuevo sistema de derecho de las corporaciones aplicable a la Iglesia. Hasta cierto punto, armonizaron los tres conjuntos de conceptos que estaban en competencia. Sin embargo, no lo hicieron como abstracto ejercicio de razonamiento jurídico, sino para dar soluciones prácticas a conflictos jurídicos que habían surgido en la secuela de la Revolución papal entre la Iglesia y las entidades seculares y dentro de la propia Iglesia. Al mismo tiempo buscaron las interrelaciones que había entre estos conflictos y trataron de sistematizar los principios subyacentes por los cuales se les pudiera resolver.

Las siguientes preguntas muestran el tipo de cuestiones prácticas que surgieron en los litigios del siglo XII.

¿Se exige que la cabeza de una corporación (por ejemplo, un obispo) consulte a sus miembros (el cabildo) antes de tomar la decisión de demandar o de responder a una acusación en el tribunal? ¿Está obligado no sólo a consultarlos, sino también a obtener su consentimiento? ¿Y qué decir de la decisión de enajenar propiedades, o de la decisión de conferir privilegios de varias índoles?

¿Puede un cabildo desconocer un acuerdo con un partido opuesto, acuerdo hecho por un obispo sin su consentimiento?

¿Cómo se expresará el consentimiento de un cabildo?

¿Quién ejercerá los poderes de cabeza de una corporación cuando haya una vacante, es decir, cuando la cabeza haya muerto o renunciado, o se le haya destituido?

Si los clérigos de un cabildo pueden actuar en nombre de su obispo si éste queda incapacitado por enfermedad o vejez, ¿podrán hacerlo también si el obispo es negligente?

¿Puede una corporación cometer crímenes? ¿Puede cometer daños? ¿Es responsable por los delitos o los daños cometidos por sus funcionarios?

¿Puede formarse una corporación eclesiástica sin autorización del papa?

Si una corporación pierde a todos sus miembros, ¿continúa existiendo? Y si no, ¿puede ser resucitada por uno o más solicitantes que sean aprobados como miembros?

¿Qué ocurre a la propiedad de una corporación que deja de existir?

¿Puede una corporación crear leyes para sus miembros? ¿Puede seleccionar a un magistrado para ejercer poderes de legislador en su nombre? ¿Puede seleccionar a un juez para decidir casos en su nombre?

Una corporación a la que se le han dado propiedades con un propósito particular, ¿puede decidir legalmente utilizar esa propiedad con otro propósito?

Y una última pregunta: ¿serían diferentes las respuestas a esas preguntas si la corporación no fuese un obispado, una abadía o algún otro organismo local, sino toda la Iglesia de Roma, encabezada por el único vicario de Cristo en la tierra?

Tales preguntas jurídicas prácticas surgieron en cuanto la Iglesia de Occidente se declaró entidad legal corporativa —*universitas*—, independiente de emperadores, reyes y señores feudales. Lo más notable de estas preguntas es, primero, su formulación legal; segundo, el alto grado de consciente interrelación entre ellas, y tercero (relacionado con el segundo), el carácter sistemático de las respuestas que acabaron por dárseles, es decir, recurrir a una consciente sistematización del derecho de las corporaciones para llegar a un conjunto de soluciones satisfactorias.

El cuerpo de derecho corporativo desarrollado en la Iglesia católica romana a finales del siglo XI y en el curso de los siglos XII y XIII puede caracterizarse como un subsistema dentro del sistema del derecho canónico en conjunto. Difería considerablemente del derecho de las corporaciones de los romanos que se encuentra en los textos de Justiniano. En primer lugar, la Iglesia rechazó el concepto romano de que, aparte de las corporaciones públicas (la tesorería pública, las ciudades, las Iglesias), sólo los *collegia* reconocidos como corporaciones por la autoridad imperial gozarían de los privilegios y las libertades de las corporaciones. En contraste, según el derecho canónico cualquier grupo de personas que tuviese la estructura y el propósito requeridos —por ejemplo, una casa de caridad, o un hospital, o un cuerpo de estudiantes, así como un obispado o, en realidad, la Iglesia Universal— constituía una corporación, sin requerir permiso especial de una autoridad superior.[40] En segundo lugar, la Iglesia rechazó el concepto romano de que sólo una corporación pública podía crear nuevas leyes para sus miembros o ejercer sobre ellos una autoridad judicial. En contraste, según el derecho canónico, cualquiera de tales corporaciones podía tener "jurisdicción" legislativa y judicial sobre sus miembros. En tercer lugar, la Iglesia rechazó la idea romana de que una corporación sólo podía actuar por medio de sus representantes, y no por medio del conjunto de sus miembros. En cambio, el derecho canónico exigía el consentimiento de los miembros en varios tipos de situaciones. Cuarto, la Iglesia rechazó la máxima romana de que "lo que pertenece a la corporación no pertenece a sus miembros". De acuerdo con el derecho canónico, la propiedad de una corporación era propiedad común de sus miembros, y la corporación podía cobrar cuotas a sus miembros si no tenía otra manera de pagar una deuda.[41]

Éstas y otras varias reglas y conceptos del derecho canónico parecen reflejar las ideas germánicas de la corporación como confraternidad, con una personalidad de grupo y una voluntad de grupo, en contraste con la idea romana de una corporación como "institución", cuya identidad es creada por una autoridad política superior.[42] A pesar de esto, otras reglas

y conceptos del derecho canónico parecen reflejar la idea "institucional" de la corporación. De este modo, cada corporación debía tener una cabeza (habitualmente llamada rector o prelado en una corporación eclesiástica, y presidente o gobernador en una corporación laica) facultada para desempeñar actos que la corporación no podía realizar por sí misma (como administración de la propiedad y adjudicación de disputas), y con derechos distintos de los de la corporación. El jefe de la corporación, así como otros funcionarios, era considerado como una especie de guardián o tutor, y la corporación como una especie de pupilo o menor de edad.[43] En contraste con la regla del derecho romano, el derecho canónico imponía responsabilidad civil y penal a una corporación cuando una mayoría de sus miembros había consentido en un acto nocivo, pero en contraste con el derecho germánico, los actos nocivos de los funcionarios de una corporación no podían ser imputados a la corporación misma.[44] De esta manera, una ciudad podía quedar en entredicho eclesiástico por los delitos de sus ciudadanos pero no, teóricamente, por los delitos de sus funcionarios.

Todo lo dicho hasta aquí parece apoyar la tesis presentada por Gierke, de que el derecho de las corporaciones de la Iglesia medieval vaciló entre el concepto germánico de la corporación como personalidad de grupo y el concepto romano de la corporación como institución artificial *(Anstalt).* (Gierke pasa a argüir que en el siglo XIV el concepto romano triunfó, con desastrosas consecuencias para Europa, porque sobre él acabaron por edificarse teorías absolutistas.)[45] La tesis de Gierke se debilita puesto que los propios canonistas medievales al parecer no tenían clara conciencia de ninguno de los dos conceptos.[46] Y aún más gravemente se ve menoscabada por el hecho de que ambos conceptos están sumamente exagerados. Es dudoso que la personalidad corporativa en sentido jurídico sólo pueda brotar dentro de un grupo; su existencia siempre depende, en parte, del reconocimiento de quienes están fuera de él; en otras palabras, de la sociedad en general de la que forma parte. Es igualmente dudoso que la personalidad corporativa en sentido legal pueda ser impuesta exclusivamente por acción de la sociedad o del Estado, sin la existencia previa de un grupo de personas que tengan intereses en común y la capacidad de actuar como unidad.

Tierney sostiene que no antes de los siglos XIII y XIV —es decir, dos siglos después de comenzar la sistematización del derecho canónico de las corporaciones— los canonistas desarrollaron una "teoría coherente de derecho corporativo", y que aun entonces "no estaban interesados en problemas filosóficos sobre la esencia de una corporación".[47] Estos dos puntos ayudan a aclarar que el sistema —y, más adelante, una "teoría coherente"— del derecho corporativo fue la respuesta legal a la situación real y a los problemas reales a los que se enfrentaba la Iglesia, y no un concepto intelectual anterior, al que de alguna manera se adaptaran esa situación y esos problemas. No obstante, sería erróneo suponer que el nuevo derecho

canónico de las corporaciones no se basó desde el principio en presuposiciones filosóficas. En su mayoría, los canonistas aceptaron la posición nominalista moderada, de que un grupo no puede tener una personalidad o una voluntad distinta de la de sus miembros.[48] Esta posición filosófica difiere a la vez de la teoría romántica de Gierke y de las teorías positivas que él combatió. Además, es una posición filosófica particularmente propicia a la formación de un sistema de derecho corporativo, ya que ofrece una base filosófica neutral para desarrollar decisivas cuestiones jurídicas con respecto a la distribución de poderes entre los funcionarios y los miembros de una corporación.

De esa manera, si la corporación se interpreta como la totalidad de sus partes *tomadas como partes*, resulta fácil considerar los derechos y deberes de los miembros como miembros, y de la cabeza como cabeza, y las relaciones entre esos dos conjuntos de derechos y deberes. Este enfoque estuvo implícito en la legislación de finales del siglo XI y del siglo XII, que Graciano resumió al afirmar que un obispo, como cabeza de la Iglesia en su diócesis, necesitaba la cooperación de los miembros, es decir, del cabildo, para conferir beneficios y privilegios, para enajenar propiedades de la Iglesia y para juzgar casos.[49] Algunos decenios después, el papa Alejandro III confirmó y extendió estas reglas, declarando que en varios tipos de casos se requería el "consejo" o el "consentimiento" del cabildo.[50] Suponíase que "el cabildo" consistía en el clero. Ampliaba el significado del consejo y el consenso, y ulteriores canonistas distinguieron entre tres distintas esferas de derechos: los derechos que eran principalmente de las corporaciones como tales, los derechos que eran principalmente de miembros individuales o de cargos como miembros individuales o funcionarios, y los derechos de la corporación y un miembro individual o funcionario en común. Así, decíase que si se iba a nombrar a un abogado o a otro agente para una cuestión que tocaba principalmente al prelado, debía ser nombrado por el prelado con el consentimiento del cabildo; pero si el asunto tocaba principalmente al cabildo, el representante debía ser nombrado por el cabildo, con el consentimiento del prelado; y si la cuestión tocaba a ambos en común, debía (como en el primer caso) ser nombrado por el prelado con el consentimiento del cabildo.[51] Un canonista posterior explicó en términos más generales estas reglas: es necesario el consentimiento del cabildo siempre que la acción concierna al cuerpo corporativo en conjunto, ya que el obispo y el cabildo unidos forman ese cuerpo.[52] Se empleaban aquí metáforas cristianas: el obispo estaba casado con su Iglesia, así como el papa, como vicario de Cristo, estaba casado con la Iglesia Universal. Sin embargo, la Iglesia como entidad corporativa era legalmente identificada como el clero; lo que había que obtener era el consentimiento del cabildo, y no el de la "congregación de los fieles".[53]

El análisis de los poderes de la cabeza y los miembros de las corporaciones eclesiásticas, incluyendo especialmente los cabildos de catedrales

(obispados), condujo al desarrollo, en los siglos XII y XIII, de una teoría jurídica de las limitaciones a la capacidad de los gobernantes eclesiásticos y seculares para actuar por sí solos, sin el asesoramiento y el consentimiento de esos consejeros y principales subordinados. Se empleó aquí una máxima del derecho romano, transformada y elevada a nivel de principio constitucional: "Lo que concierne a cada quien debe ser considerado y aprobado por cada quien".[54]

Limitaciones a la jurisdicción eclesiástica

Antes de finales del siglo XI, a la jurisdicción eclesiástica —en el sentido lato de competencia legislativa y administrativa, así como judicial— le faltaban límites precisos. Había considerable traslape entre la competencia de las autoridades eclesiásticas y la de las seculares. Asimismo, dentro de la Iglesia no existía una división clara entre las cuestiones que se presentaban a un sacerdote o un obispo, en su capacidad de padre confesor y dispensador de remedios penitenciales, por una parte, y las cosas que se le presentaban como administrador o juez eclesiástico, por la otra. Suponíase que todo lo que hiciera procedía de su ordenación; era la ordenación y no la jurisdicción la que le daba su autoridad. Al mismo tiempo, su autoridad indivisa como sacerdote u obispo ordenado quedaba sometida en muchos aspectos a la autoridad de emperadores, reyes y barones. Por su parte, estos últimos nombraban y dominaban —a menudo, pasando por encima de ellos— a papas, obispos y sacerdotes. Fue la Revolución papal, al liberar al clero de los laicos, y con su énfasis en la separación de lo espiritual de lo secular, la que hizo a la vez necesario y posible fijar límites más o menos claros y, por tanto, sistematizar la jurisdicción eclesiástica.

De manera característica —y aquí la ciencia jurídica elucidó el derecho positivo— se dijo que tales jurisdicciones debían ser divididas en dos tipos: la jurisdicción sobre ciertas clases de personas *(ratione personarum,* "por razón de personas") y la jurisdicción sobre ciertos tipos de conducta o de relaciones *(ratione materiae,* "por razón de materia"). La Iglesia exigía "jurisdicción personal" sobre: *1)* el clero y los miembros de sus familias; *2)* los estudiantes; *3)* los cruzados; *4) personae miserabiles* ("personas miserables"), que incluían a pobres, viudas y huérfanos; *5)* los judíos, en casos contra cristianos, y *6)* los viajeros, incluso comerciantes y marinos, cuando fuera necesario para su paz y seguridad. Éste fue el célebre —o notorio— *privilegium fori* ("privilegio del tribunal" o "beneficio del clero"), contra el cual los gobernantes seculares combatieron esforzadamente, a menudo con cierto éxito.

El derecho canónico prohibía al clero renunciar al privilegio de jurisdicción eclesiástica. Sin embargo, en la práctica se veía sometido a la justicia secular en ciertos tipos de delitos y de acciones civiles. También había

algunas reconocidas excepciones a la jurisdicción eclesiástica sobre los cruzados y los estudiantes; y ellos podían renunciar a esa jurisdicción si así lo querían. Las *personae miserabiles,* a quienes antes de la Revolución papal se había tratado básicamente como pupilos de emperadores y reyes, en adelante quedaron sometidas a la jurisdicción eclesiástica, sobre todo en los casos en que las autoridades seculares no les ofrecían la protección adecuada. Lo mismo podía decirse de los judíos y viajeros (incluso comerciantes y marinos): la Iglesia no trató de eliminar, sino tan sólo de complementar la jurisdicción imperial o real que había sobre ellos.

En principio, la jurisdicción personal de la Iglesia se extendía a todo tipo de casos en que se vieran envueltas estas seis clases de personas, aunque tal principio a veces cediera ante los intereses encontrados de las autoridades seculares. La "jurisdicción material" de la Iglesia, en contraste, se extendía en principio a toda clase de personas, tanto laicos como clérigos, en ciertos tipos de casos, aunque —una vez más— hubiese condiciones y excepciones. Los principales tipos de casos sobre los que la Iglesia se arrogaba jurisdicción eran los llamados casos espirituales y los conexos. Los casos espirituales eran, principalmente, los que se debían a: *1)* administración de los sacramentos; *2)* testamentos; *3)* beneficios, incluso administración de bienes del clero, patrocinio de oficinas del clero, e impuesto eclesiástico en forma de diezmos; *4)* juramentos, incluso prendas de fe, y *5)* pecados que merecieran la censura eclesiástica. Sobre esta base jurisdiccional comenzó a desarrollar la ciencia jurídica del siglo XII varias ramas de derecho sustantivo, incluso derecho familiar (sobre el fundamento de la jurisdicción del sacramento del matrimonio), el derecho de herencias (sobre el fundamento de la jurisdicción del testamento), el derecho de propiedad (sobre el fundamento de jurisdicción de los beneficios), el derecho contractual (sobre el fundamento de jurisdicción de prendas de fe) y el derecho penal y el derecho de delitos civiles (sobre el fundamento de jurisdicción de los pecados). Se presuponía la jurisdicción de la Iglesia sobre su propia jurisdicción; con esta base, construyó el cuerpo del derecho corporativo.

La Iglesia también extendió su jurisdicción a otras clases de causas, ofreciéndola a todo el que la prefiriera. Esto se hizo por medio de un procedimiento llamado prorrogación, por el cual las partes de cualquier disputa civil podían, de común acuerdo, someter la disputa a un tribunal o a un arbitraje eclesiásticos. Tal acuerdo podía tomar la forma de cláusula de un contrato, en que de antemano se renunciara a la jurisdicción de un tribunal secular y se establecía el recurso de un tribunal o de la arbitración eclesiásticos en caso de que, en el futuro, surgiera una disputa por el contrato. Dado el carácter primitivo de casi todo procedimiento secular en los siglos XII y XIII, las partes de contratos civiles a menudo incluían tales cláusulas de renuncia.

Además, de acuerdo con el derecho canónico, cualquiera podía presentar demanda en un tribunal eclesiástico, o podía quitar un caso a un tri-

bunal secular y llevarlo a uno eclesiástico aun contra la voluntad de la otra parte, por motivo de "bancarrota de la justicia secular". De este modo, la Iglesia, en última instancia, ofrecía su jurisdicción y sus leyes a cualquiera y en cualquier tipo de caso, pero sólo en circunstancias excepcionales, es decir, cuando estuviera en peligro la justicia misma en el sentido más elemental. Se daba por sentado que normalmente había dos tipos distintos de jurisdicción, la eclesiástica (espiritual) y la no eclesiástica (secular). De hecho, si *todas* las cuestiones hubiesen caído normalmente en la jurisdicción eclesiástica no habría tenido sentido hablar de jurisdicción: no habría habido nada que contrastara con ella. Y aun si sólo las cuestiones *jurídicas* hubiesen caído dentro de la jurisdicción eclesiástica —o cualquier otra jurisdicción— sólo habría tenido sentido hablar de competencia (lo que está y lo que no está sujeto a una regulación legal), y no de ningún otro aspecto de la jurisdicción. Fue la restricción consciente de la jurisdicción eclesiástica, y, por tanto, también de la no eclesiástica a ciertas clases de personas y ciertos tipos de casos, la que hizo necesario y posible definir la jurisdicción y darle su lugar como elemento estructural básico del sistema del derecho canónico.

En realidad, fueron las limitaciones puestas a la jurisdicción de cada una de las entidades de la cristiandad occidental, incluso la entidad eclesiástica, las que hicieron necesario y a la vez posible que cada una desarrollara no sólo sus leyes, sino también un *sistema* de leyes, y más que eso, un sistema de *derecho*. Un gobernante cuya jurisdicción es ilimitada puede gobernar mediante leyes, pero no es probable que tenga el deseo o la imaginación de dar a sus leyes un sistema intelectual coherente e integrado, con una compleja estructura de principios, incluyendo principios para regular la aplicación de los principios a tipos específicos de casos. En Occidente, la competencia y la cooperación de jurisdicciones limitadas rivales no sólo exigían de cada una que sistematizaran sus leyes, sino que también daba a cada una la base para hacerlo. Esta base fue ofrecida, en parte, por la general unidad dialéctica que mantenía unidos todos los sistemas individuales aunque fuese laxamente, y en parte por los distintos intereses y recursos de cada una de las comunidades que tenían ese sistema.

La competencia y la cooperación entre jurisdicciones limitadas rivales no sólo hicieron necesaria y posible la sistematización del derecho, sino que también condujeron a la formulación y resolución legal de algunos de los problemas morales y políticos más agudos de la época. La tendencia a convertir cuestiones políticas y morales en cuestiones jurídicas, que Alexis de Tocqueville consideró característica de los Estados Unidos a comienzos del siglo XIX, existió, aunque en menor grado, en toda la sociedad occidental desde finales del siglo XI y en el XII. Esto ha contribuido al excesivo legalismo de Occidente, en comparación con muchas otras civilizaciones; también ha contribuido a que, hasta cierto punto, haya logrado liberarse de toda tiranía política y moral.

VI. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA DE DERECHO CANÓNICO

EL NUEVO sistema de derecho canónico creado en los siglos XI y XII sólo abarcaba las relaciones jurídicas que caían en la jurisdicción de la Iglesia como entidad jurídica corporativa, mientras que otras relaciones legales se hallaban en las respectivas jurisdicciones traslapantes de varias entidades seculares, incluyendo reinos, dominios feudales y ciudades y pueblos autónomos. En la cristiandad occidental cada quien vivía de acuerdo con el derecho canónico y con uno o más sistemas jurídicos seculares. La diversidad de los sistemas jurídicos dentro de un orden legal común fue elemento esencial de la estructura de cada sistema.

Como ninguno de los sistemas jurídicos coexistentes pretendía ser general u omnicompetente, cada cual tuvo que desarrollar normas constitucionales para ubicar y limitar su soberanía, asignar poderes gubernamentales dentro de ella y determinar los derechos y deberes básicos de sus miembros. En el sistema de derecho canónico estas normas constitucionales se expresaron principalmente en términos del derecho corporativo, incluyendo el derecho de jurisdicción corporativa sobre determinadas clases de personas y de problemas.

Del sistema del derecho constitucional eclesiástico fueron desarrollándose en forma gradual cuerpos bastante coherentes de reglas sustantivas, pertenecientes asimismo a otros campos del derecho. De este modo, a partir de la jurisdicción eclesiástica sobre los sacramentos, los testamentos, los beneficios, los juramentos y los pecados se fueron desarrollando paulatinamente cuerpos de ley con respecto al matrimonio, la herencia, la propiedad, los contratos y los delitos y daños, respectivamente. También se desarrolló, en conexión con estos cinco tipos de jurisdicción, un conjunto de reglas de procedimiento judicial. Estos cuerpos de ley no fueron conceptualizados del mismo modo que las ramas autónomas del derecho en siglos ulteriores; los canonistas de los siglos XII y XIII no trataron de organizar cada rama del derecho —propiedad, contrato, delito, etc.— como cuerpo de reglas autocontenido que surgiera lógicamente de diversos principios y doctrinas que, a su vez, brotaran de una teoría general de la propiedad, una teoría general del contrato, una teoría general del delito y el castigo, etcétera. El derecho canónico de los siglos XII y XIII era menos abstracto, menos "lógico". Sus categorías habían brotado de la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos y de los problemas jurídicos a que se enfrentaban esos tribunales, y no del razonamiento especulativo de juristas académicos. Como el derecho real inglés de ese mismo periodo —por entonces en

desarrollo—, el derecho canónico tendió a ser sistematizado más sobre la base de procedimientos que de reglas sustantivas. Y, sin embargo, después de Graciano, el derecho canónico, en contraste con el real inglés, también fue una disciplina universitaria; los profesores llevaron las reglas, los principios y las teorías de los casos al aula y los recolectaron, analizaron y armonizaron en sus tratados. Y así surgieron subsistemas de derecho, aunque sin el alto grado de autonomía y de congruencia doctrinal que después se desarrollarían.

Cada uno de los subsistemas o campos del derecho manifestó sus propios elementos estructurales, y cada uno manifestó de manera distinta los elementos estructurales del sistema en conjunto. Por ejemplo, el derecho canónico de los delitos se fundó en conceptos del pecado que afectaron todos los campos del derecho canónico. También en otros ámbitos podemos identificar rasgos omnipresentes que ayudaron a definir el derecho canónico como sistema jurídico moderno.

El derecho canónico del matrimonio

Desde los primeros tiempos, la Iglesia tuvo mucho que decir acerca del matrimonio y la familia.[1] En las culturas paganas en que predominaban la poligamia, los matrimonios ya concertados y la opresión de las mujeres, la Iglesia promovió la idea del matrimonio monógamo y por libre consentimiento de ambos cónyuges. En Occidente, esta idea tuvo que batallar con costumbres tribales, locales y feudales profundamente arraigadas. Pero en el siglo X, los sínodos eclesiásticos estaban promulgando decretos con respecto al vínculo matrimonial, el adulterio, la legitimidad de los hijos y asuntos relacionados; no obstante, se seguía casando a los hijos desde la cuna, y las relaciones familiares continuaban desarrollándose según las costumbres y los hábitos tradicionales de los pueblos germánicos, celtas y otros de Europa occidental. De acuerdo con el derecho consuetudinario de los pueblos europeos, como en el derecho romano clásico, estaba prohibido el matrimonio entre personas de diferentes clases (por ejemplo, libre y esclavo, ciudadano y extranjero). El divorcio estaba al capricho de cualquiera de los cónyuges, lo que por lo general significaba, en la práctica, el capricho del marido. No había ni siquiera requerimientos fijos para el divorcio. Y para que el matrimonio fuera válido se necesitaba el consentimiento de los padres. Pocas obligaciones entre los cónyuges eran concebidas en términos legales.

Fue el gran trastorno de finales del siglo XI y principios del XII, simbolizado por la Revolución papal, el que hizo posible realizar en grado considerable, una política eclesiástica con respecto al matrimonio y la familia. Factores sociales y económicos —de los cuales la Revolución papal fue a la vez causa y efecto— tuvieron un papel decisivo: el aumento de las ciudades y la rápida difusión del sistema señorial ayudaron a quebrantar las anteriores formaciones sociales. También los cambios políticos desempeñaron un papel importante: la formación de un solo Estado eclesiástico separado, con el papa a la cabeza, dio al clero una especie de poder político que nunca había tenido antes y, además, el establecimiento del celibato universal de los sacerdotes ayudó a reducir su participación personal en las relaciones de parentesco tribal. No menos importantes fueron los cambios jurídicos por medio de los cuales se aplicó la política eclesiástica con respecto a las relaciones de familia, pues sin la sistematización del derecho canónico no habría sido posible comunicar eficazmente esa política, ganarse lealtades o hacerla funcionar.

Mientras las leyes eclesiásticas sobre el matrimonio y la familia fueron en gran parte exhortatorias, no tuvieron que ser precisas ni completas. Pero cuando se volvieron obligatorias tuvieron que ser ambas cosas. Ya que todas las relaciones familiares en adelante tendrían que basarse —en la práctica legal y no sólo en la teoría— sobre el sacramento del matrimonio, se hizo necesario determinar la naturaleza precisa de dicho sacramento. De tiempo atrás, la Iglesia había sostenido que no se necesitaba ninguna formalidad para efectuar un matrimonio; las dos partes eran "ministros del sacramento del matrimonio". (La presencia de un sacerdote se volvió obligatoria en el siglo XVI; el matrimonio por derecho común de la ley inglesa y norteamericana es, en realidad, vestigio del matrimonio de derecho canónico tal como existía antes del Concilio de Trento.) Y, sin embargo, la ausencia de formalidad dejó abierta la pregunta de exactamente cómo y cuándo estaba realizado un matrimonio. Algunos de los textos anteriores habían indicado que era en el momento del intercambio de promesas. Otros, que hasta que se consumara con la relación sexual. Graciano arguyó que la tradicional analogía entre el matrimonio humano y el matrimonio místico entre Cristo y la Iglesia exigía que hubiese una unión física, una *copula carnalis*, antes de que se completara el sacramento. Sin embargo, también Graciano subrayó el elemento de libre consentimiento, incluso el consentimiento de la unión física. A la postre, el derecho canónico distinguió entre: *1)* un intercambio de promesas de casarse en el futuro, que constituía un contrato de compromiso, el cual en ciertos casos sería roto por cualquiera de las partes y que siempre podía disolverse por consentimiento mutuo; *2)* un intercambio de promesas de casarse en el presente, que constituía un contrato de matrimonio, y *3)* el consentimiento a la relación sexual después del matrimonio, que constituía la consumación de éste. Aunque suponíase que el contrato se concluía con "palabras en el presente", podía disolverse en cualquier momento previo a su consumación.

Las reglas sobre el consentimiento a casarse se desarrollaron formando todo un cuerpo de derecho contractual. El consentimiento debía haberse dado por libre voluntad. Un error con respecto a la identidad de la otra parte o sobre alguna cualidad esencial y distintiva de ésta impedía el con-

ıtimiento y, por tanto, anulaba el matrimonio. La presión exterior tam-
én anulaba el matrimonio al anular el libre consentimiento. También se
cretó que un matrimonio no podía contraerse válidamente bajo la in-
encia de miedo o engaño.

Fueron éstos algunos de los fundamentos no sólo del derecho moderno
atrimonial, sino también de ciertos elementos básicos del moderno dere-
o contractual, a saber, el concepto de libre voluntad y los conceptos —in-
relacionados— de error, presión y engaño. En particular, los canonistas
graron encontrar una solución al problema del error, que había causado
andes dificultades a los juristas romanos citados en el *Digesto*, enfocan-
la pregunta de si la parte engañada habría contraído el matrimonio si
biese conocido la verdad.

El derecho canónico también estableció las condiciones necesarias para
validez de un matrimonio, aparte del consentimiento. En los siglos XII y
I, las regulaciones a la edad impuestas por el derecho romano se mantu-
eron en general, pero se permitieron excepciones a la luz de las costum-
es locales, siempre que las partes pudiesen engendrar hijos y compren-
r la naturaleza del acto que iban a celebrar. Sin embargo, la impotencia
momento del matrimonio era causa de anulación. Asimismo, el matri-
onio entre cristianos y paganos era nulo, pues el bautismo era condición
cesaria para participar de cualquier sacramento. Pero la Iglesia recono-
a la validez del matrimonio entre católicos y herejes o personas que hu-
esen sido excomulgadas. También reconoció la validez del matrimonio
tre esclavos, o entre hombres libres y esclavos o siervos.

El derecho canónico simplificó y relajó las reglas anteriores, en los siglos
y XIII, concernientes a los impedimentos matrimoniales, basados en la
nsanguinidad y la afinidad. También se relajaron impedimentos penales,
mo el adulterio y el rapto: los adúlteros podían expiar su crimen casándose,
raptor podía casarse si dejaba libre a la *rapta*. No obstante, el matrimo-
o de sacerdotes, que había sido lícito según el anterior derecho canónico,
ora fue declarado nulo.

Cuando las partes se casaban de buena fe, sin conocer un impedimento,

divorcio en el sentido moderno. El vínculo sacramental, si se había entrado
en él válidamente, era indisoluble hasta la muerte de uno de los cónyuges.
De esto había dos excepciones: primero, un matrimonio no consumado se
disolvía por la entrada de una de las partes en una orden religiosa, y en todo
caso podía ser disuelto por el papa; y segundo, en ciertas circunstancias, un
converso al cristianismo podía divorciarse de su cónyuge si éste seguía sien-
do pagano.

Por último, el derecho canónico ofrecía considerable protección a la es-
posa, en contraste con el derecho consuetudinario de la sociedad en que se
había desarrollado.

> Ante Dios, las dos partes del matrimonio eran iguales, y esta doctrina de la igual-
> dad fue enseñada inicialmente por el cristianismo. En la práctica significó, ante
> todo, que las obligaciones eran mutuas, especialmente la de fidelidad. No
> obstante, el marido era cabeza de familia, y en virtud de su posición como tal
> podía elegir el lugar de residencia, corregir razonablemente a su esposa y exi-
> girle los deberes domésticos que estuviesen en armonía con su posición social.[2]

Aunque la Iglesia, en su mayor parte, aceptara las severas restricciones
colocadas por el derecho secular a los derechos de propiedad de la mujer
(y a sus derechos civiles en general), para proteger a las viudas se insistió
en que ningún matrimonio se contraería sin una dote, es decir, sin el es-
tablecimiento de un fondo que no podía reducir su valor durante el ma-
trimonio.

Como subsistema de derecho canónico, la ley de la Iglesia sobre el ma-
trimonio se basó, en parte, sobre una tensión entre el concepto de sacra-
mento matrimonial, como unión voluntaria de dos personas en presencia
de Dios, y el concepto del sacramento matrimonial como transacción legal
dentro del sistema jurídico de la Iglesia como entidad corporativa. Por una
parte, se hacía hincapié en la disposición interna de los cónyuges y sus
deseos y respuestas personales; por la otra, se ponía énfasis en la autori-
dad de la Iglesia como institución, y en la conformidad a la costumbre
social y la política social, tanto eclesiásticas como seculares. Esta tensión
se reflejó en las preguntas que los tribunales eclesiásticos tuvieron que
[illegible] matrimonio se invalida por causa de error, engaño o pre-
[illegible] adúltera; si una mujer
[illegible] debe volver
[illegible] testi-

sentimiento y, por tanto, anulaba el matrimonio. La presión exterior también anulaba el matrimonio al anular el libre consentimiento. También se decretó que un matrimonio no podía contraerse válidamente bajo la influencia de miedo o engaño.

Fueron éstos algunos de los fundamentos no sólo del derecho moderno matrimonial, sino también de ciertos elementos básicos del moderno derecho contractual, a saber, el concepto de libre voluntad y los conceptos —interrelacionados— de error, presión y engaño. En particular, los canonistas lograron encontrar una solución al problema del error, que había causado grandes dificultades a los juristas romanos citados en el *Digesto*, enfocando la pregunta de si la parte engañada habría contraído el matrimonio si hubiese conocido la verdad.

El derecho canónico también estableció las condiciones necesarias para la validez de un matrimonio, aparte del consentimiento. En los siglos XII y XIII, las regulaciones a la edad impuestas por el derecho romano se mantuvieron en general, pero se permitieron excepciones a la luz de las costumbres locales, siempre que las partes pudiesen engendrar hijos y comprender la naturaleza del acto que iban a celebrar. Sin embargo, la impotencia al momento del matrimonio era causa de anulación. Asimismo, el matrimonio entre cristianos y paganos era nulo, pues el bautismo era condición necesaria para participar de cualquier sacramento. Pero la Iglesia reconocía la validez del matrimonio entre católicos y herejes o personas que hubiesen sido excomulgadas. También reconoció la validez del matrimonio entre esclavos, o entre hombres libres y esclavos o siervos.

El derecho canónico simplificó y relajó las reglas anteriores, en los siglos XII y XIII, concernientes a los impedimentos matrimoniales, basados en la consanguinidad y la afinidad. También se relajaron impedimentos penales, como el adulterio y el rapto: los adúlteros podían expiar su crimen casándose, el raptor podía casarse si dejaba libre a la *rapta*. No obstante, el matrimonio de sacerdotes, que había sido lícito según el anterior derecho canónico, ahora fue declarado nulo.

Cuando las partes se casaban de buena fe, sin conocer un impedimento, los canonistas sostuvieron que los hijos del matrimonio eran legítimos, y que el matrimonio mismo era válido hasta el día en que fuese declarado nulo; a esto se le llamó matrimonio putativo. Además, no se podía anular un matrimonio sin una acción legal, y se ponían restricciones a quienes pudiesen emprender semejante acción: si no eran parientes cercanos, se daba preferencia a personas de conocida prudencia. Pero no hubo un estatuto de limitaciones que gobernara una acción tendiente a anular un matrimonio, y a la parte que buscaba la anulación no se le impedía emprender acción sólo porque ya había emprendido antes una y la había perdido.

Además de la anulación por falta de consentimiento o por impedimento, la Iglesia autorizó la separación judicial, llamada *divortium*, por motivo de fornicación, apostasía o crueldad grave. Sin embargo, no estaba permitido el

divorcio en el sentido moderno. El vínculo sacramental, si se había entrado en él válidamente, era indisoluble hasta la muerte de uno de los cónyuges. De esto había dos excepciones: primero, un matrimonio no consumado se disolvía por la entrada de una de las partes en una orden religiosa, y en todo caso podía ser disuelto por el papa; y segundo, en ciertas circunstancias, un converso al cristianismo podía divorciarse de su cónyuge si éste seguía siendo pagano.

Por último, el derecho canónico ofrecía considerable protección a la esposa, en contraste con el derecho consuetudinario de la sociedad en que se había desarrollado:

> Ante Dios, las dos partes del matrimonio eran iguales, y esta doctrina de la igualdad fue enseñada inicialmente por el cristianismo. En la práctica significó, ante todo, que las obligaciones eran mutuas, especialmente la de fidelidad. No obstante, el marido era cabeza de familia, y en virtud de su posición como tal podía elegir el lugar de residencia, corregir razonablemente a su esposa y exigirle los deberes domésticos que estuviesen en armonía con su posición social.[2]

Aunque la Iglesia, en su mayor parte, aceptara las severas restricciones colocadas por el derecho secular a los derechos de propiedad de la mujer (y a sus derechos civiles en general), para proteger a las viudas se insistió en que ningún matrimonio se contraería sin una dote, es decir, sin el establecimiento de un fondo que no podía reducir su valor durante el matrimonio.

Como subsistema de derecho canónico, la ley de la Iglesia sobre el matrimonio se basó, en parte, sobre una tensión entre el concepto de sacramento matrimonial, como unión voluntaria de dos personas en presencia de Dios, y el concepto del sacramento matrimonial como transacción legal dentro del sistema jurídico de la Iglesia como entidad corporativa. Por una parte, se hacía hincapié en la disposición interna de los cónyuges y sus deseos y respuestas personales; por la otra, se ponía énfasis en la autoridad de la Iglesia como institución, y en la conformidad a la costumbre social y la política social, tanto eclesiásticas como seculares. Esta tensión se reflejó en las preguntas que los tribunales eclesiásticos tuvieron que responder: si un matrimonio se invalida por causa de error, engaño o presión; si un marido puede abandonar a una esposa adúltera; si una mujer que se casa con otro creyendo que su primer marido ha muerto debe volver al primer hombre si éste reaparece; y si es válido un matrimonio clandestino, contraído sin que estuviera presente una tercera persona. La tensión también se reflejó en muchas de las respuestas que los tribunales eclesiásticos dieron a tales preguntas. Esto pudo verse con toda claridad en la resolución de la pregunta sobre la validez de los matrimonios clandestinos. Por una parte, como declaró Graciano, "los matrimonios contraídos en secreto quedan prohibidos por todas las autoridades" y son ilegales. Por otra, tales matrimonios son válidos si pueden probarse por la confesión

de ambos esposos. Pero si ha cambiado la voluntad de una de las partes, el juez no debe dar crédito a la confesión del otro. De esta manera se afirmó la enérgica política de los compromisos sociales y las obligaciones externas, mientras se mantenía la santidad del consentimiento sacramental. Y, sin embargo, la solución —basada como estaba en una ficción de la ley de la evidencia—, aunque "sistemática", distaba mucho de ser perfecta.

La sistematización del derecho familiar se logró al enfocar la atención en la jurisdicción —en el sentido más elemental del poder *ius dicere* ("hablar de derecho")— de las autoridades eclesiásticas sobre la administración del sacramento matrimonial. Toda la estructura del derecho sustantivo familiar se formó básicamente en función de "causas maritales", que incluían la validez del matrimonio, su nulidad, su rompimiento *(divortium)*, el matrimonio clandestino, las promesas de matrimonio, el divorcio a *"mensa et thoro"*, la legitimidad de los hijos y la propiedad matrimonial. Partiendo de la jurisdicción sobre causas maritales se desarrolló un sistema relativamente integrado de normas, principios, conceptos y reglas legales dentro del sistema del derecho canónico. Por ejemplo, puesto que el matrimonio y no las relaciones consanguíneas formaban la base de la familia, los hijos adoptados de un matrimonio tendrían iguales derechos que los hijos naturales. Sin embargo, los hijos no nacidos del lecho conyugal eran "ilegítimos" y sujetos a incapacidades, aunque podían ser legitimados por un ulterior matrimonio. Aunque el subsistema de derecho familiar tenía sus propios rasgos estructurales, también compartía los rasgos estructurales de todo el sistema de derecho canónico. Además de tener muchos elementos importantes en común con el derecho contractual, compartía con el derecho feudal —y con la ordenación— el concepto esencial de la capacidad de entrar por voto sagrado, voluntariamente, en una relación vitalicia, indisoluble cuyas condiciones eran fijadas por la ley: en terminología moderna, la capacidad, por contrato, de crear un estado.

El derecho canónico de la herencia

El derecho consuetudinario de los pueblos germánicos de Europa no establecía la sucesión testamentaria.[3] La transmisión de los derechos y deberes de un difunto a sus herederos inicialmente fue regulada por la costumbre tribal, después también por la local y, más tarde aún, por la feudal; el principal interés era que la familia o feudo pudiese sobrevivir a la muerte de sus miembros, especialmente de su cabeza. De acuerdo con el primitivo derecho germánico, sólo cuando una persona no tenía heredero podía nombrar a uno, con el consentimiento del consejo tribal o del jefe. La mayoría de las propiedades pertenecían a la familia o la tribu y no eran distribuidas a la muerte de uno de sus miembros. Las propiedades personales

del difunto eran distribuidas entre el cónyuge sobreviviente y los hijos, y una porción se le reservaba a sí mismo, para ser enterrada con su cuerpo, o incinerada con él, como parte de los derechos funerales.

Con la introducción del cristianismo se dejó de enterrar o de incinerar la parte que correspondía al difunto; en cambio, se la distribuyó para obras pías, en beneficio del alma de la persona fallecida. Las costumbres variaban por toda Europa pero, típicamente, la propiedad sujeta a distribución se dividió en tercios: uno para el jefe o rey del clan, otro para el heredero y el restante era "la parte de Dios".

El clero, desde luego, tenía gran interés en la parte de Dios. Sobre todo, cuando se sabía que una persona estaba a punto de morir, solía encontrarse a su lado un sacerdote para recordarle el deber de expiar sus pecados y legar sus pertenencias para usos religiosos o caritativos, como la construcción de una capilla o la ayuda a los menesterosos. Por toda Europa se introdujo la regla de que "las últimas palabras" de un moribundo tendrían efecto legal, estuviesen puestas por escrito o no. A esta práctica se agregó un enunciado latino: *donatio causa mortis* ("donativo en anticipación de la muerte"). No era precisamente un testamento, aunque las más de las veces sí tenía el mismo efecto. En los raros casos en que el moribundo se recuperara el donativo perdía todo efecto.

Otra forma de donativo que entraba en vigor después de la muerte era el don *post obit:* con respecto a ciertas tierras, llamadas "tierras del libro" *[bookland]*, se redactaba un "libro" en que el poseedor declaraba: "Cedo esta tierra después de mi muerte a..." Esto, como dice Maitland, no era un testamento en el sentido moderno, ya que: *1)* no era revocable; *2)* no era ambulatorio, es decir, no se aplicaba a lo que el donante pudiese poseer en el momento en que el don entraba en vigor, y *3)* no establecía ningún representante del donador al momento de su muerte ni procedimientos para la administración de sus bienes.[4]

Sobre la base de la *causa mortis* del don cristiano germánico y del *post obit*, los canonistas del siglo XII crearon una nueva ley testamentaria, basada en parte, en el clásico derecho romano testamentario, que era conocido de la Iglesia y utilizado por ella desde tiempos anteriores. Los romanos tenían una ley de sucesión intestada similar a la del derecho consuetudinario germánico, ya que su propósito principal era hallar un sucesor al jefe de la familia *(pater familias)*. Sin embargo, el derecho romano era mucho más completo en los aspectos legales de la sucesión. La herencia misma era llamada *universitas iuris*, una sola unidad jurídica compleja; abarcaba a la propia *familia* con sus ancestrales privilegios y obligaciones, su propiedad, sus esclavos y todos los derechos y deberes legales del difunto. Sin embargo, desde la época de las Doce Tablas, el derecho romano también decretó que la "sucesión universal" del heredero a la personalidad jurídica del difunto podía ser gobernada, alternativamente, por medio de un testamento. Al principio, el propósito del testamento fue contrarrestar las reglas

de sucesión intestada, en los casos en que esas reglas no eran apropiadas a particulares situaciones de familia; en otras palabras, el mismo propósito básico motivó la introducción del testamento romano que había motivado las reglas de sucesión intestada, a saber, la continuación del hogar de la familia por transmisión de la personalidad jurídica del difunto a su heredero (o a sus coherederos). El principal propósito no era dar a particulares la capacidad de hacer su voluntad después de la muerte; el objetivo principal era proteger la unidad social.

En el curso de los siglos, el testamento romano cambió de carácter. Las formalidades extremadamente elaboradas del primer periodo —una ficticia venta de la familia, con monedas de cobre, balanzas y fórmulas rituales— fueron cediendo el lugar a firmas y sellos de siete testigos y suscripción del testador. De hecho, en ciertas circunstancias podía ser válido un testamento oral. Y también al heredero se le dio el derecho de rechazar la herencia, como bien podía desear hacerlo si las deudas eran superiores a los haberes. Y, lo de mayor importancia: se multiplicaron los legados especiales y codicilios en favor de beneficiarios individuales, tendiendo a debilitar la posición del heredero (ya que éste asumía las obligaciones del testador); y se introdujo toda una variedad de sustituciones y de cláusulas de insolvencia. Estos avances en dirección de la libertad de testamento también favorecieron a la Iglesia en el Imperio romano. Al llegar la época de Justiniano, los legados a los ángeles y los santos, o a los pobres o para otras causas pías, se entregaban a las iglesias apropiadas, o a los obispos, para que los administraran.[5]

No obstante, el testamento romano, aunque pasara las tres pruebas del testamento moderno enumeradas por Maitland, carecía de una cuarta cualidad, que fue fundamental en la ley testamentaria; tal como se desarrolló en Occidente a finales del siglo XI y durante el XII en la secuela de la Revolución papal. La nueva cualidad fue la santidad de los deseos del testador, mientras esos deseos estuviesen ligados a la salvación de su alma: el "testamento" se convirtió en "última voluntad", pero era una voluntad religiosa.

Los canonistas trataron la disposición misma de una "última voluntad" como un acto religioso, y la última voluntad por sí misma como instrumento religioso. Por lo regular se hacía en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo. En términos de Maitland,

> El primer pensamiento del testador no es la transmisión de una *hereditas*, sino del futuro bienestar de su alma inmortal y de su cuerpo mortal. Lega su alma a Dios, la Virgen y los santos; su cuerpo, a una cierta iglesia. Junto con su cuerpo, da [al] osario... uno de los mejores bienes muebles de lo que tiene; a menudo, si es un caballero, dará su caballo de guerra... Para el entierro, a menudo se darán instrucciones muy elaboradas; acerca de las velas que deben arder alrededor del féretro, y el banquete funeral... Luego se hablará de legados pecuniarios y específicos. Muchos se harán a obras pías; un testador próspero rara vez se olvidará de las cuatro órdenes de frailes; un legado para la reparación de puentes es considerado como piadoso y loable; rara vez se deja en libertad a villanos, pero a veces se les perdonan sus deudas o se les devuelven sus cosas. El testamento medieval se caracteriza por el gran número de sus legados específicos. Los caballos se ceden, uno por uno; también las joyas, también las camas y las colchas, las ollas y sartenes. El civil o el canonista enumera sus libros valiosos; los atesorados manuscritos de los estatutos son entregados a quien sepa apreciarlos... Por otra parte, el testador no tiene acciones, fondos ni capitales de qué disponer; dice poco o nada de las deudas que se tienen para con él, mientras que de sus deudas no dice nada, o tan sólo desea que se paguen.[6]

En el siglo XII, los canonistas establecieron un cuerpo de reglas para determinar la validez de los testamentos, interpretarlos y aplicarlos. En contraste con el derecho romano se minimizaron las formalidades testamentarias. Las "últimas palabras" dichas al confesor en el lecho de muerte no sólo fueron tratadas como testamentos en toda forma, sino que, en general, las "últimas voluntades" orales fueron consideradas válidas. El requerimiento romano de firmas y sellos de siete testigos calificados cedió ante la regla proclamada en una carta decretal del papa Alejandro III al obispo de Ostia: "Decretamos permanentemente válidos los testamentos que vuestros feligreses puedan hacer en presencia de sus sacerdotes y de otras dos o tres personas apropiadas".[7] Además, serían válidos los legados individuales para causas pías, según otra regulación de Alejandro III, si se hacían ante otras dos o tres personas. De esta manera, el derecho canónico añadió los legados de caridad a los tipos de testamentos que también, según el derecho romano, estaban exentos de los requerimientos jurídicos usuales, a saber, los testamentos de soldados y marinos en servicio activo y los testamentos de padres que confirieran un beneficio a aquellos descendientes que recibirían propiedades, a falta de un testamento.

Los canonistas también fortalecieron la protección del cónyuge sobreviviente y los hijos, a quienes ahora el testador no podía desheredar. El derecho romano también había declarado que un heredero no podía ser privado de su "parte legítima"; ésta fue fijada originalmente en una cuarta parte de lo que habría recibido si el testador hubiese fallecido intestado, y luego fue aumentada a un tercio (o a la mitad, si al testador le sobrevivían cinco hijos o más). No obstante, los herederos que tenían derecho a esta parte eran los hijos y los nietos o, si no los había, los padres, pero no la esposa. El derecho canónico aumentó esa parte e incluyó a la esposa en su protección, pero no a los nietos ni a los padres del finado. Si sobrevivían la esposa y los hijos, ninguno podía ser privado, a voluntad, de más de un tercio de la propiedad sujeta a disposición por el testamento; si sólo lo sobrevivía la esposa o los hijos, ella o ellos tendrían derecho a la mitad.

Aún más importantes que los cambios al derecho sustantivo romano de los testamentos fueron los cambios hechos por los canonistas a la administra-

ción de los bienes. En el siglo XII crearon la nueva institución del albacea testamentario. A la muerte del testador, en lugar de la aceptación de la herencia por el heredero, a lo que seguía su toma de posesión cumpliendo las instrucciones del testamento, la persona nombrada en el testamento como albacea tomaba posesión de todas las propiedades que serían distribuidas. No era el heredero, sino el albacea, el que ejercía los derechos del testador e incurría en sus obligaciones. Podía demandar a los deudores del testador en los tribunales seculares; en cambio, los legatarios habían de reclamar contra él en los tribunales eclesiásticos. La parte legítima de esposa e hijos sólo podía ser impuesta, contra el albacea, en los tribunales eclesiásticos.

El hecho de que hacer un testamento fuese un acto religioso explica, asimismo, que la Iglesia se arrogara jurisdicción en casos de intestado. De hecho, el morir intestado era considerado por la Iglesia como una especie de pecado. Si un hombre moría intestado era probable que hubiese muerto sin confesión. Además, había que distribuir los bienes del intestado para bien de su alma. Así, estos bienes quedaban a disposición del juez eclesiástico, es decir el obispo o su vicario, el "oficial". El obispo podía encargar a los parientes cercanos del intestado que hicieran lo que consideraran mejor para su alma, pero éstos no podían heredar nada más que su "parte legítima". De acuerdo con el nuevo derecho canónico, la parte que por testamento no se podía quitar a la esposa y a los hijos también era la parte que habrían heredado sin testamento. Y ningún otro pariente tenía derecho de herencia, a menos que el finado lo hubiese nombrado en un testamento. De este modo, la Iglesia se arrogó la jurisdicción sobre la sucesión en casos de intestado no sólo para proteger a la viuda y a los huérfanos, sino también para el bien del alma del finado al distribuir el residuo de sus posesiones con fines de caridad.

Con el tiempo, en los tribunales eclesiásticos se desarrolló la práctica de nombrar a un administrador para distribuir la propiedad de todo el que hubiese fallecido intestado. Sus funciones eran similares a las del albacea testamentario. El sistema de administración canónico medieval de los bienes del finado por albaceas y administradores se ha conservado en el derecho inglés y norteamericano, mientras que en la Europa continental hubo un retorno, en el siglo XVI y después, a los antiguos conceptos romanos por los cuales los bienes eran transferidos a los herederos y administrados por ellos bajo supervisión judicial, hubiese hecho el difunto testamento o no.

El papel institucional del clero era importante. Los sacerdotes oían las "últimas palabras", eran testigos de los testamentos, servían de albaceas y administradores y recibían donativos como depositarios para corporaciones religiosas o para efectuar obras de caridad.

También era importantísimo el papel institucional del tribunal eclesiástico: el obispo o su representante. Se exigía que albaceas y administradores

rindiesen cuentas al tribunal eclesiástico. Los fideicomisarios, con propósitos religiosos o caritativos, se hallaban bajo la supervisión del tribunal eclesiástico. Todas las disputas por herencia estaban sujetas a la jurisdicción de ese tribunal (aunque algunas de ellas también estuviesen sujetas a la jurisdicción de los tribunales seculares).

El derecho canónico de herencia constituyó una intervención directa de la Iglesia en las relaciones feudales económicas y políticas. Las autoridades seculares ofrecieron una enconada resistencia, sobre todo a las exigencias eclesiásticas de jurisdicción sobre tierras. En Inglaterra y en Normandía, por ejemplo, en el siglo XII los tribunales seculares condenaron el *post obit*, así como la cesión de tierras en el lecho de muerte. De esta última, el tratado de Glanvill (1187) afirmaba que "puede suponerse que quien está enfermo de muerte ha empezado a hacer lo que nunca hizo gozando de cabal salud, a saber, distribuir sus tierras, y que se ve movido a esto más por su agonía que por una reflexión deliberada".[8] Pero tal vez no fuese éste el aspecto más importante de la cuestión, ya que los donativos de bienes muebles en el lecho de muerte no eran condenados, y los legados de tierras en general (fuese por "últimas palabras" o por un testamento escrito, cuidadosamente considerado y sin presiones) también eran prohibidos —no sólo en Inglaterra, sino por todo el Occidente— de acuerdo con el derecho feudal (aunque no según el derecho urbano). En realidad, el derecho feudal era hostil al legado de tierras, fuese con fines de caridad o no.

En el caso de los legados de tierras a la Iglesia, los potenciales testadores —con ayuda eclesiástica— encontraron varias maneras de eludir esa prohibición. Una de ellas era el donativo de tierras a una corporación religiosa, reservándose la posesión mientras viviera el donador. Esto era, en forma, un don *inter vivos*, que por entonces era lícito, pero tenía el mismo efecto que un testamento. Las autoridades seculares respondieron a esto con estatutos de "manos muertas", prohibiendo todo donativo de tierra a las corporaciones religiosas. Se intentaron entonces otros recursos. El propietario de las tierras no las entregaba, pero sí las cedía a la corporación religiosa, que las tendría como un señor feudal; el que había hecho la transferencia continuaría ocupándolas como su vasallo; a su muerte, nadie podía reclamar las tierras, sino la corporación religiosa. O el terrateniente alquilaba las tierras a la corporación religiosa durante mil años, reservándose el derecho de ocuparla hasta su muerte. Con el tiempo, también estos métodos fueron anulados. Por último, la Iglesia encontró el recurso del *trust* ("uso"). La escritura de las tierras era entregada a un laico, que la conservaba como depositario por la corporación religiosa que, tras la muerte del donador, se quedaría con el uso de la tierra y los derechos a todas las ganancias derivadas de ella; y se buscaba a un nuevo depositario para suceder al que había fallecido. Tales "usos" habían tenido vasta difusión desde el siglo XII para beneficio de las órdenes religiosas a las que se les prohibía "poseer" propiedades. Con el tiempo llegaron a ser un medio no sólo

de entregar tierras con fines de caridad en vida del terrateniente, sino también de establecer lo que en realidad era un donativo de caridad.

La historia del desarrollo inicial de la ley de fideicomisos *(trusts)* de caridad nos revela mucho sobre cómo se formó la tradición jurídica occidental. Aún más claramente que en el caso del derecho familiar, el derecho canónico de herencia fue forjado por la necesidad de tomar en cuenta el derecho secular que, con su énfasis en la importancia política de la tenencia de tierras, impulsó a la Iglesia a enfocar su ley de testamentos en los bienes muebles y a encontrar otros medios de obtener donativos de tierra. Al menos en Inglaterra, los tribunales eclesiásticos establecieron su jurisdicción virtualmente exclusiva sobre la sucesión de bienes muebles, en casos de testado o de intestado. Esto continuó aún después de la Reforma inglesa, y ha dado al derecho inglés y norteamericano de herencias un carácter distinto del de los países de la Europa continental. Sin embargo, en todos los países de Occidente, incluso en Inglaterra, la jurisdicción eclesiástica sobre la sucesión de tierras quedó subordinada a la jurisdicción secular. Al luchar por donativos de tierra, la Iglesia se valió de los nuevos conceptos y los nuevos instrumentos jurídicos. Éstos incluían el moderno concepto e instrumento del fideicomiso, que pasó al derecho secular inglés por medio de la equitativa jurisdicción del canciller, pero que entre los siglos XII y XV formó parte de la ley de todos los países de Europa, en la medida en que estuvieran sometidos a la jurisdicción eclesiástica. Tanto los legados caritativos de objetos como los donativos de tierras para el uso de los cuerpos religiosos en perpetuidad, incluían la obligación de los albaceas o depositarios de cumplir con los deseos de los donadores, en interés de los beneficiarios. Y ambos exigían la puesta en vigor y supervisión de tales obligaciones por los tribunales eclesiásticos.

La ley que brotó de la jurisdicción eclesiástica sobre la herencia no sólo tuvo sus propios elementos estructurales, sino también algunos de los elementos estructurales del derecho canónico en general. Los deseos del testador eran sagrados, ya que al testar estaba cumpliendo con un acto religioso. Sin embargo, por lo mismo, se veían sujetos a las normas morales de la Iglesia, interpretadas por las autoridades eclesiásticas. Era nulo todo legado que se hiciera con un propósito inmoral: por ejemplo, el legado a un hereje. No obstante, un legado que normalmente habría sido nulo por su vaguedad —por ejemplo, por la incertidumbre del beneficiario, por la cantidad del legado, por los fines del testador, o por los medios de realizar su intención—, se aplicaba si era un legado de caridad. Era válido todo legado "para los pobres" o "para el culto de Dios", o simplemente "para la caridad". Si no se daba el nombre del depositario, el tribunal eclesiástico se encargaba de nombrar uno. Si aparecía como legataria una asociación no registrada o una corporación incapaz de poseer propiedades, el tribunal nombraría a un legatario para administrar el legado en su nombre. Aún quedan reglas de la ley de fideicomisos en los Estados Unidos.

Cuando no podían cumplirse los deseos del testador por imposibilidad física (por ejemplo, si el legatario ya no vivía) o por causa de ilegalidad (por ejemplo, si el legatario era un hereje, o si el recurso era ilegal según el derecho secular), el tribunal eclesiástico realizaría los deseos del testador "lo más cerca posible" (en el francés normando, *cy pres*, "tan cerca como"). Se encontraría a otro legatario similar al nombrado. Se daría al legatario algún equivalente de la tierra, o algunos derechos sobre ella. La doctrina del *cy pres* aún prevalece en los Estados Unidos.

El derecho canónico de testamentos se fundaba en la jurisdicción de la Iglesia y sus tribunales sobre el acto religioso de testar. La libertad de testar era concebida esencialmente como la libertad de contribuir a causas religiosas y caritativas, aunque inevitablemente incluía también la libertad de legar las pertenencias a parientes y amigos. Todo legado se hacía por el bien del alma del finado. Además, estaba en juego el bien de los beneficiarios, especialmente en los casos de legados religiosos y de caridad. Sin embargo, el derecho canónico de la sucesión intestada, aunque se fundaba parcialmente en la jurisdicción de la Iglesia y sus tribunales sobre el bien del alma del finado, también se fundaba, en parte, en la jurisdicción sobre las viudas y los huérfanos. Sobre estos dos fundamentos jurisdiccionales reintegró el derecho canónico las instituciones jurídicas germánicas y romanas que aún se conservaban en un nuevo cuerpo del derecho de la herencia. Hubo una tensión dialéctica —que aún subsiste— entre la ley de testamentarías (heredada sólo en parte del derecho romano) y la ley de sucesión intestada (heredada sólo en parte del derecho consuetudinario germánico).

Por ello, hablar de derecho canónico de herencia como subsistema dentro del sistema general de derecho canónico, es reconocer que su unidad estructural, como la de todo el derecho canónico, se fundó sobre la armonía consciente de elementos discordantes.

El derecho canónico de la propiedad

Los tribunales eclesiásticos difícilmente podrían exigir una jurisdicción tan extensa sobre las relaciones de propiedad como la que ejercían sobre las relaciones familiares y las herencias.[9] Y, sin embargo, en cuestiones de propiedad su jurisdicción distaba de ser pequeña, y de ella surgió un considerable cuerpo de derecho. La Iglesia poseía enormes riquezas adquiridas por medio de donativos e impuestos así como por sus propias empresas agrícolas, manufactureras y comerciales. De hecho, se dice que poseía entre una cuarta y una tercera parte de las tierras de Europa occidental. No es de sorprender que no sólo los estudiosos de la jurisprudencia eclesiástica, sino también los tribunales y legisladores de la Iglesia tuvieran mucho que decir acerca de los derechos y deberes correspondientes a la

posesión, el uso y la disposición de tales riquezas. Además, el derecho canónico tuvo algo que decir, asimismo, acerca de los derechos y deberes correspondientes a las propiedades seculares.

Desde luego, el derecho canónico de propiedad recibió influencia del derecho secular contemporáneo en mucho mayor grado que el derecho canónico de las relaciones familiares. Por una parte, nunca se sugirió que la propiedad —ni siquiera la propiedad eclesiástica— tuviese un carácter sacramental. Los recursos materiales de la Iglesia siempre fueron tratados como parte de su poder "temporal". Además, en el marco de la tenencia feudal de la tierra, los derechos de las propiedades eclesiásticas a menudo se encontraban interconectados con derechos de propiedad secular. Por ejemplo, una parroquia podía "ocupar" las tierras y edificios "de" un obispado o una abadía (la propiedad de iglesias parroquiales por conventos estuvo muy difundida por toda Europa desde el siglo XII), y el obispado o la abadía podía "ocupar" la misma tierra "de" un barón. Las disputas por terrenos alquilados que la parroquia debiera al obispado o la abadía solían caer dentro de la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos y eran resueltas según el derecho canónico, mientras que las disputas por pagos y servicios feudales debidos por el obispado o la abadía al barón caían normalmente dentro de la jurisdicción de los tribunales seculares, y eran resueltos según el derecho secular... No obstante, en este último caso, la jurisdicción podía ser competida entre los tribunales eclesiásticos y los seculares. La Iglesia se encontraba al mismo tiempo dentro y fuera del orden económico feudal de la época. Su derecho de propiedad era, por necesidad, de carácter parcialmente feudal. Asimismo, la Iglesia se encontraba dentro y fuera del orden económico urbano de la época, que prevalecía en los miles de ciudades y poblados libres que surgieron en Europa durante los siglos XI, XII y XIII, de modo que su derecho de propiedad era, por necesidad, de carácter parcialmente urbano. Sin embargo, el derecho canónico de relaciones de propiedad también era, parcialmente, no feudal y no urbano; es decir, en parte se basaba en consideraciones específicamente eclesiásticas y en los principios del derecho canónico en general. Los canonistas de la época no sólo sistematizaron por vez primera el derecho de propiedad; también introdujeron algunos conceptos y reglas enteramente nuevos del derecho de propiedad, que ejercerían un profundo y duradero efecto sobre la tradición jurídica occidental.

Durante el periodo de finales del siglo XI hasta el siglo XV, la mayoría de las tierras y edificios de la Iglesia estaban sujetos a un sistema conocido en inglés como *free alms* (en francés normando, *frankalmoign;* en latín, *libera elemosina).* Lo normal era que un donador (o varios donadores en conjunto) hicieran un donativo a Dios y a una corporación eclesiástica particular, a sus dignatarios y miembros: por ejemplo, "A Dios y a San Wilfredo de la abadía de Dumfries, y al abad Duncan y a los monjes de San Wilfredo". Si el propósito era edificar una iglesia, un hospital o una institución educativa, el donativo podía incluir no sólo tierras, sino también medios para la construcción y el mantenimiento del edificio, y para proseguir sus operaciones en el futuro. Pero el donador de la tierra conservaba a menudo derechos para sí mismo y para sus herederos. En particular, con frecuencia retenía el derecho de "presentar" un nuevo sacerdote a la iglesia que sería edificada en el terreno, siempre que quedara vacante el cargo de sacerdote. Ese derecho de patronato *(advocatio)* era una propiedad valiosa: daba la facultad de nombrar a alguien (tal vez a un pariente) para ocupar un cargo que podía ser lucrativo. El donador también podía conservar para sí y para sus herederos el derecho de alquilar terrenos, derechos feudales, servicio militar y otros derechos inherentes a la tenencia de la tierra en cuestión. Sin embargo, a veces un donador deseaba ceder a una causa caritativa no sólo la tenencia de una parcela, sino también todos los derechos anexos a dicha tenencia. En tal caso, tal vez habría que obtener el consentimiento y la concesión de tales derechos, solicitándolos a los superiores del donante en la jerarquía feudal. Las tierras de la Iglesia, libres así de toda obligación feudal, eran totalmente distintas de las propiedades feudales sumamente cargadas de deudas, que fueron características de la tenencia de la tierra secular de la época. De hecho, gran parte de la tierra ocupada como *free alms* llegó a quedar emancipada.

La propiedad de la Iglesia presentaba un marcado contraste con la propiedad feudal, no sólo por virtud de su emancipación (en muchos casos) de las obligaciones feudales, sino también por su carácter eclesiástico corporativo; es decir, la propiedad siempre era de una corporación eclesiástica, y nunca de una persona en particular. Además, estaba siempre comprometida con los propósitos de la corporación. Era lo que en alemán se llama *Zweckvermögen* ("propiedad con un propósito"). Según el derecho canónico, se requería que fuese empleada para los fines con que se le había adquirido; en ese sentido, era un fideicomiso. Los dignatarios de la corporación eclesiástica que poseía la propiedad —fuese una abadía (casa monástica), un obispado (diócesis); una parroquia, una universidad, un hospital o, para el caso, un arzobispado, o el propio papado— eran fideicomisarios, a quienes el derecho canónico exigía aprovechar la propiedad concienzudamente para favorecer a aquellos para cuyo beneficio había sido adquirida.

Hablar de propiedad eclesiástica en el siglo XII como de un "fideicomiso" es tomarse ciertas libertades con una palabra que llegó a tener significados específicos en el derecho inglés cuatro siglos después. Sin embargo, el concepto inglés del *trust* se derivó históricamente del concepto de "uso" conocido y utilizado por toda Europa desde el siglo XII y desarrollado en Inglaterra en el tribunal de la cancillería en los siglos XIV y XV. Las tierras y otras propiedades eran entregadas a ciertas personas "para uso" de iglesias, conventos u otras dependencias eclesiásticas. Esta práctica llegó a difundirse mucho con la fundación de las diversas órdenes franciscanas en el siglo

XIII, pues, por su propia regla, tenían prohibido poseer otras propiedades que las indispensables para subvenir a sus necesidades cotidianas. La persona a quien era transferida la propiedad "la poseía", pero el derecho canónico —y con el tiempo, en Inglaterra, también el tribunal de la cancillería— exigía que la administrara para beneficio de aquellos a quienes se había dado el "uso".

El "uso" (como después el *trust* inglés) presuponía tres partes: un donador, un donatario y un beneficiario. El donatario tomaba el donativo como fideicomiso para el beneficiario. Sin embargo, normalmente la propiedad dada a una corporación eclesiástica era propiedad de la corporación; *ésta* era el donatario. No obstante, había también un beneficiario. Si sus dignatarios tenían la capacidad de poseer, utilizar y disponer de la propiedad de la corporación, se les pedía ejercer tal poder como sus "fideicomisarios". Tal es aún la regla del derecho inglés de compañías, así como del derecho norteamericano de corporaciones. También era y sigue siendo la regla del derecho canónico de la Iglesia católica romana.

Los canonistas también crearon un recurso legal llamado "fundación" o "corporación de bienes" *(universitas bonorum)*, en contraste con la "corporación de personas" *(universitas personarum)*. Esto había faltado en el antiguo derecho romano o germánico. Aunque no tiene un paralelo exacto en el derecho secular inglés ulterior, fue aceptado en los sistemas jurídicos seculares de otros países europeos. (En Alemania se le llama *Stiftung*, en francés, *fondation.)* Consistía en una personificación de los propósitos a los cuales se habían dedicado la propiedad, el dinero, la tierra y los derechos incorpóreos. Así, el propio beneficio eclesiástico —los derechos y deberes de propiedad relacionados con un cargo clerical, el ingreso por actividades económicas correspondientes a un cargo y otros requisitos— era tratado como persona legal, con poder, por medio de sus funcionarios, de conducir sus propios asuntos económicos y jurídicos como una sola entidad. Un hospital, asilo, institución educativa, obispado o abadía podía verse no sólo como corporación de personas, sino también como corporación de bienes.

Además de desarrollar los conceptos modernos de propiedad corporativa, fideicomiso y fundaciones, los canonistas también crearon los conceptos modernos de remedios posesorios. En particular, en el siglo XII desarrollaron una acción legal para la recuperación de posesión de tierras, bienes y derechos incorpóreos, por la cual un anterior poseedor que hubiese sido violenta o fraudulentamente desposeído podía recuperar sus bienes contra un poseedor actual, con sólo presentar pruebas del desposeimiento delictuoso y sin necesidad de mostrar un título mejor.

Los remedios posesorios fueron necesarios por la difundida práctica de aspirantes rivales de tomar o recuperar tierras por la fuerza. La Iglesia se veía directamente afectada cuando dos personas reclamaban el mismo obispado o abadía y la persona que se encontraba en posesión era expulsada por los partidarios armados de su enemigo. Los antagonistas podían ser clérigos —los propios obispos o abades— o bien señores seglares que reclamaban el derecho de presentación de obispos o abades. La expulsión forzosa del poseedor fue llamada *spoliatio* ("expoliación" o "despojo"). Al hacer frente a este problema, los concilios eclesiásticos, así como los patriarcas, papas y otros en varias épocas anteriores al siglo XII, habían decretado ocasionalmente que el anterior poseedor tenía derecho a que se le devolviera la posesión antes de poder decidir la cuestión de los derechos últimos de las partes.

En las *Causae* II y III de su *Decretum* (originalmente llamado *Concordancia de cánones discordantes)*, Graciano se enfrentó al problema del despojo en el marco de dos casos bastante complejos, en cada uno de los cuales había un obispo que había sido desposeído por la fuerza a causa de supuestos delitos. Dos partes importantes del análisis son las respuestas a las *quaestio* 2 de la Causa II y la *quaestio* 1 de la Causa III. Ambas son muy breves.

La primera se titula "Que uno que ha sido desposeído no puede ser llevado a juicio, como queda establecido por muchas autoridades". Se cita a tres papas en el sentido de que "antes de un proceso, todo debe ser devuelto a quien lo poseía". Se cita una carta del obispo Eusebio a los monjes de Alejandría y de Egipto:

> Encontramos en vuestras cartas que algunos obispos de vuestros países han sido acusados por su grey... y que algunos han sido desposeídos de sus cosas, y algunos han sido expulsados de sus sedes. Ya sabéis que no se les puede llamar ante un provincial o ante un sínodo general... [ni] juzgarlos en ninguna otra parte, antes de que todo lo que se les ha tomado sea devuelto, íntegro, a su poder, de acuerdo con las leyes.

En el mismo sentido se citan otras dos epístolas papales.

La *quaestio* 1 de la Causa III se titula: "Si se hará restitución a todo el que haya sido despojado". Una vez más, Graciano cita dos epístolas papales, declarando que a los obispos que han sido despojados o expulsados se les debe haber devuelto todo *(redintegranda,* "restituido"), antes de ser acusados de delitos. En una epístola papal se dice: "Tampoco puede ninguno de sus superiores o de sus subordinados hacer cargos contra ellos mientras sigan privados de sus iglesias, cosas o facultades".[10]

Graciano sacó entonces de estas dos epístolas papales, escritas sobre casos específicos, una regla de enorme alcance. Cualquiera tiene derecho a un decreto judicial de restitución de todo lo que se le haya tomado, incluso derechos y deberes incorpóreos, ya se le hayan tomado por la fuerza o por engaño. Además, el remedio no sólo se encuentra contra el delincuente inicial, sino también contra terceras personas.

Los juristas que "glosaron" el Decreto de Graciano en la segunda mitad del siglo XII y en la primera del XIII aprovecharon la amplitud de esta regla.

La Glosa Ordinaria, es decir, la interpretación aceptada, escrita por Juan *el Alemán* en 1215, anotó la Causa II, *quaestio* 2, declarando: "La diferencia entre esta *quaestio* y la *quaestio* 1 de la Causa III es que aquí la restitución se logra por medio de una *exceptio* [es decir, una defensa afirmativa a una acusación penal], mientras que allá se logra por medio de una acción [es decir, una causa de acción independiente]." La glosa de Juan Faventino decía: "Causa III, *quaestio* 1: nótese que lo que se ha dicho acerca de los obispos despojados generalmente se interpreta en el sentido de que se extiende a todos los eclesiásticos." (De hecho, Graciano lo extendió a todas las personas.) Y Huguccio escribió: "Causa III, *quaestio* 1, c. 3: Si alguien ha sido despojado de sus cosas con violencia o por amenazas, o con engaño por su adversario, o con dolo, se le deberán devolver".[11]

La regla de Graciano fue llamada el *canon redintegranda* ("canon de restitución"). Poco después de Graciano, los canonistas crearon una nueva acción llamada *condictio ex canone redintegranda,* después llamada *actio redintegranda,* y más tarde aún *actio spolii* ("acción de expoliación").[12] La *actio spolii* era aplicable a cualquier tipo de expoliación (incluyendo el despojo por fraude); podía emplearse para recuperar la posesión de derechos incorpóreos, así como de bienes muebles e inmuebles; podía emplearse contra terceras personas, incluso personas que no estuvieran en posesión de las cosas reclamadas; y no se pedía al quejoso mostrar sus escritos de propiedad de tierras o bienes, o de los derechos que reclamara. Por último, esta acción era aplicable aun a quien estuviese ilegalmente en posesión de los bienes. Tomando el caso más extremo, si *A* desposeía por la fuerza a *B,* y luego, como represalia, *B* desposeía por la fuerza a *A,* éste tendría derecho a un decreto judicial que le devolviera su posesión. El principio era que una persona desposeída que pudiese demostrar que había sido violenta o engañosamente desposeída, debía tener un preliminar remedio judicial de restitución, antes de considerar siquiera cualquier cosa concerniente al caso, y que no se beneficiaría tomando la ley en sus propias manos.

La protección de las propiedades era de la mayor importancia en una sociedad feudal en que lo que hoy se llama propiedad estaba característicamente dividido entre varias personas. El inquilino feudal tenía la tierra de su señor, su superior, quien también podía tener la del rey: el señor podía entrar legalmente en la tierra con ciertos propósitos, y podía tener derecho a ciertos productos de la tierra; el aparcero no poseía la tierra, pero sí necesitaba protección legal contra la intromisión ajena en sus derechos de posesión. El análisis canonista acerca del derecho de quien había sido desposeído a que se le restituyera lo que había tenido, sin otra prueba que la de "expoliación", tuvo por tanto importancia general.

Una de las principales fuerzas que impulsaron el crecimiento del derecho real en la Europa de los siglos XII y XIII fue la necesidad de una autoridad central más fuerte, que mantuviera la paz entre los barones. También

en este aspecto, la regla de los canonistas que rechazaba la justicia por propia mano, aun de parte de quien tuviese el mejor derecho, tuvo mucho en su favor.

El derecho romano de los textos de Justiniano, por contraste, servía de muy poco para resolver los problemas inseparables de protección de la posesión y combate a la justicia por propia mano. El asunto sólo se trata brevemente en el Código, el Digesto y la Instituta.

En el Código se ofrecen tres ejemplos de un interdicto emitido por los pretores durante los reinados de los emperadores Diocleciano y Maximiano y los Césares.[13] (Un interdicto era una orden dada directamente a las partes, declarando la regla de derecho que gobernaba el caso que habían presentado al pretor.) El interdicto en cuestión fue llamado el interdicto *unde vi* ("por la fuerza"). En los tres ejemplos de Justiniano se le adapta a tres diferentes situaciones reales. En la primera afirma el pretor: "Una persona que esté legalmente en posesión tiene el derecho de emplear un grado moderado de fuerza al rechazar toda violencia ejercida con el propósito de privarlo de su posesión, si la posee de acuerdo con un título no deficiente". Esto parece referirse tan sólo al derecho de defensa de la propiedad en el momento de un ataque, lo que para los canonistas estaba totalmente fuera de la esfera de los problemas que habían hecho surgir el *canon redintegranda* y la *actio spolii.* Nótese también que la propiedad queda protegida por esta regla, pero no la simple posesión. El segundo ejemplo del interdicto *unde vi* se sigue inmediatamente del primero: "Es regla positiva del derecho que, al emplear el interdicto, quienes han sido expulsados de su propiedad por la fuerza pueden lograr que se les devuelva si no ha expirado el año en curso, y que los herederos serán responsables de la cantidad que mientras tanto hubiese caído en sus manos". Una vez más, esto parece poco relacionado con el problema de la justicia por propia mano. Además, no hay ninguna indicación sobre si el quejoso debe probar su título de propiedad para recuperar su posesión. Y el tercer ejemplo añade poco o nada al segundo.

El Digesto es un tanto más elaborado. En un pasaje intitulado "Con respecto al Interdicto Vi et Armata" hay dos pasajes pertinentes, uno de ellos de Ulpiano el otro de Pomponio. Ulpiano cita del interdicto una versión ligeramente distinta de las que aparecen en el Código: "Dice el pretor: 'Si tú o tus esclavos han privado por la fuerza a alguien de la propiedad que tenía en ese tiempo, yo concederé acción, sólo por un año; pero una vez transcurrido el año, sólo la consideraré con referencia a lo que ha caído en las manos del que desposeyó por la fuerza al quejoso'". Comenta entonces Ulpiano: "Este interdicto fue establecido para beneficio de la persona que ha sido expulsada por la fuerza; pues es perfectamente justo acudir en su ayuda en tales circunstancias. Este interdicto se hizo para capacitarle a recuperar su posesión". Aún nos quedamos en la incertidumbre respecto a la defensa de la propiedad, que en el derecho romano era marcadamente dis-

tinguida de la posesión. ¿Puede el verdadero propietario valerse de la fuerza para desposeer a uno que la ocupa, con una pretensión de propiedad que es falsa? Ulpiano no lo dice. Sin embargo, sí limita muy considerablemente el alcance del interdicto, diciendo: "Este interdicto no hace referencia a todos tipos de violencia, sino sólo a la que es empleada contra personas que son privadas de posesión. Sólo se relaciona con violencia atroz, y cuando las partes son privadas de la posesión de tierras, como, por ejemplo, de una parcela o de un edificio, pero nada más..." Añade Pomponio una breve observación: "Empero, si eres expulsado por la fuerza armada, tendrás derecho a recuperar la tierra aun si originalmente obtuviste posesión de ella por violencia o clandestinidad, o con un título precario". Nótese que el verdadero propietario puede haber obtenido la posesión por violencia o clandestinidad o con un título precario.[14]

Por último, en la Instituta hay un pasaje respecto al interdicto *unde vi* que sigue muy de cerca un texto de la Instituta del gran jurista romano Cayo, quien vivió en la segunda mitad del siglo II d. C., y que aclara las cosas pero deja otras en una confusión mayor. Primero se declara que el interdicto (aplicable sólo a tierras y edificios) ofrece un remedio, aun cuando la persona que fue expulsada por la fuerza poseyera, contra el expulsor, "por fuerza, o secretamente, o a voluntad" *(vi, clam, precario)*. Luego declara que "si una persona ha entrado en posesión de una cosa por fuerza, y es su propia propiedad, queda privada de la propiedad de ella..." Sin embargo, no queda en claro de quién se vuelve propiedad. Por último, el pasaje hace referencia a la *Lex Julia,* relacionada con la violencia privada o pública, y aclara que aquel que despoja por la fuerza a otro de su posesión, queda expuesto a la violencia privada, si lo cometió sin armas, pero a la violencia pública, si expulsó al otro llevando armas. "Por el término armas entendemos no sólo escudos, espadas y cascos, sino también palos y piedras."[15]

Muy reveladora nos resultará una comparación del trato dado al remedio contra la disposición ilegal en los textos de Justiniano y el *Decreto* de Graciano. En ciertos aspectos, las epístolas papales desempeñan, para Graciano, un papel análogo al que los interdictos del pretor desempeñan para Ulpiano, Pomponio y Cayo. Sin embargo, los comentarios citados de los juristas romanos se apegan mucho más al lenguaje de los interdictos. Tienden a seguir los términos de la regla que es autoridad en lugar de extrapolar a partir de ella, aun cuando puedan añadir los casos que cubren. En términos generales, siguen la distinción declarada o implícita en la regla. De este modo, si el interdicto dice "tierra", el jurista romano, al comentarlo, tiende a decir que significa "tierra, no objetos". En cambio, Graciano muestra la tendencia a buscar el principio subyacente en la regla que forma autoridad. Si la tierra, ¿por qué no, asimismo, los objetos? Y si la tierra y los objetos, ¿por qué no los derechos? Las autoridades dicen el "obispo"; Graciano añade el abad o cualquier sacerdote y, en último término, cualquiera, ya que, para él, el principio es el mismo. De este modo concluye Graciano su análisis del despojo con un principio general, aplicable a una gran variedad de situaciones, mientras que los textos romanos tan sólo emiten un conjunto de reglas discretas, un tanto estrechamente concebidas y difíciles de racionalizar.

El genio de la ciencia jurídica romanista de los siglos XII y XIII consistió en extraer de textos romanos como los que aquí hemos citado una doctrina coherente relacionada con los derechos de las personas ilegalmente desposeídas de su propiedad. Los romanistas lo hicieron aplicando a los interdictos *unde vi* y *vi et armata* y a los comentarios de Ulpiano, Pomponio y Cayo el mismo tipo de lógica que Graciano aplicó a las decisiones de los papas anteriores, y que ulteriores glosadores canonistas aplicaron a la obra de Graciano. Bajo la influencia de la ciencia canonista y de la ciencia jurídica romanista, los varios gobernantes seculares de Europa pusieron en vigor sus propias leyes, estableciendo que ni siquiera el propietario legítimo tenía derecho a expulsar al posesor por fuerza o engaño, y que el posesor cuya posesión se basara en un anterior desposeimiento ilegal, habría de entregar la propiedad aun cuando si, en otra acción, a la postre pudiera recuperarla si fuera suya.

Cualesquiera que fuesen las políticas que movieron a las autoridades seculares, el *canon redintegranda* y la *actio spolii* de los canonistas no pretendían ante todo proteger la posesión como tal, sino castigar la justicia por propia mano y el dolo. Esto se hace obvio en otra innovación de los canonistas, a saber, la modificación de la doctrina del derecho romano que permitía a un poseedor adquirir títulos de tierra por el hecho de haberla ocupado por un suficiente periodo de tiempo, con la única condición de que entrara legalmente en su posesión. Por ejemplo, alguien que había comprado tierras de buena fe, pero después descubría que el vendedor no tenía derecho a ellas, en último término podía adquirir la posesión absoluta "por prescripción". En cambio, para los canonistas, si el poseedor sabía que la tierra no era legítimamente suya, y si sabía a quién pertenecía en realidad, entonces habría mala fe y pecado si conservaba la posesión. En el siglo XII, poco después de aparecer el tratado de Graciano, un autor anónimo clasificó esa retención como robo, y después el papa Inocencio III decretó que quien reclamara por prescripción no podía en ningún momento haber sabido que el objeto pertenecía a otro. Esta cláusula del derecho canónico entró en agudo conflicto con el derecho secular en muchas partes de Europa. No obstante, representa un elemento estructural básico del sistema de derecho canónico de propiedad.

El derecho canónico de los contratos

En el siglo XII la Iglesia necesitó un cuerpo desarrollado de ley de los contratos, aunque sólo fuese para regular las miríadas de transacciones económicas

que se efectuaban entre las corporaciones eclesiásticas.[16] Además, los tribunales eclesiásticos buscaron y obtuvieron una gran medida de jurisdicción sobre los contratos económicos entre laicos, en que las partes incluían en su acuerdo una "prenda de fe", y también para ello era importante que el derecho canónico de los contratos impusiera respeto. Además, el derecho canónico de matrimonios incluía elementos importantes del derecho de contratos.

En el derecho de contratos, aún más que en el derecho de propiedad, los canonistas lograron incorporar muchos de los conceptos y las reglas que a la sazón estaban desarrollando los glosadores a partir de los redescubiertos textos de Justiniano. Las razones eran dos: primera, el antiguo derecho romano (especialmente el *ius gentium)* había alcanzado un altísimo nivel de refinamiento en el campo de los contratos, y gran parte de su vocabulario en ese ámbito, así como muchas de sus soluciones a problemas individuales, podían aplicarse en el siglo XII a la vida comercial, ahora en pleno auge, de Europa occidental; segunda, los glosadores del derecho romano en el siglo XII fueron particularmente sagaces en la reconstrucción y transformación del antiguo derecho romano de contratos, en parte precisamente por las demandas que les hacían al respecto los rápidos cambios económicos de los tiempos.

En particular, el antiguo derecho romano ofrecía nombres para varias maneras de hacer contratos y para varios tipos de contratos que caían dentro de dichas formas. Así, Cayo había escrito que ciertos contratos se formaban siguiendo una fórmula verbal prescrita; otros, por anotación formal en ciertos libros de cuentas; un tercer tipo, por la entrega del objeto que el contrato cubría; y una cuarta forma, por consentimiento informalmente expresado. En cuanto a los contratos hechos por entrega del objeto, enumeró el préstamo de dinero o de bienes comestibles para consumo, el préstamo de un objeto que sería devuelto en especie, el depósito (que sería devuelto por demanda) y el compromiso (de obtener el cumplimiento de alguna obligación). En lo relacionado con los contratos hechos por consentimiento informalmente expresado, especificó la venta, el alquiler, la asociación y el mandato (una forma de poder). Posteriores juristas romanos añadieron otras varias clases de contratos; el más importante era el contrato innominado ("no nombrado"), del que había cuatro tipos: un don por un don *(do ut des),* un regalo por un acto *(do ut facias),* un acto por un don *(facio ut des)* y un acto por un acto *(facio ut facias).* Los contratos innominados sólo eran demandables después de que una de las partes había cumplido con su promesa.

Además de una elaborada clasificación de clases y tipos de contrato, los textos justinianos incluían cientos de reglas dispersas —opiniones de juristas, fallos en casos decididos, decretos de emperadores, etc.— con respecto a su operación. Sin embargo, en ninguna parte contenían una explicación

Tratando de interpretar esa explicación, los glosadores de finales del siglo XI y principios del XII encontraron un oscuro pasaje del Digesto, donde se afirma que hasta un contrato innominado hace surgir una obligación si hay una base *(causa),* aunque de lo contrario no la hay, y que "por tanto, un acuerdo desnudo no ha lugar para una acción".[17] El autor acaso pensara tan sólo que los contratos innominados no han lugar a acción hasta que una de las partes haya cumplido. Como lo ha dicho James Gordley,

> Los glosadores lo interpretaron como si significara mucho más. La palabra que escogieron y convirtieron en principio general, fue "desnudo"; para que hubiera lugar a una acción, un acuerdo había de ser "vestido". La *causa* fue definida entonces como la presencia de "ropas". Accursio define *causa* como "algo dado o hecho que viste un acuerdo".[18]

De este modo, *causa* fue empleado por los glosadores como término genérico para las varias razones de que varios tipos de contratos fueran (o debieran ser) legalmente obligatorios. El término mismo tiene muchos matices de significado: base, razón, propósito, causa y otros. Gordley hace ver que al distinguir entre distintos tipos de causa, como —por una parte— el propósito por el cual se entró en el contrato, al que aplicaron el término aristotélico "causa final" *(causa finalis),* y por otra parte, el motivo que impulsó a las partes a entrar en el contrato, al que aplicaron el término "causa impelente" *(causa impulsiva),* los glosadores encontraron un lenguaje para determinar la validez de los contratos en los casos discutidos. Sin embargo, sólo dos siglos después, tras la traducción de la *Metafísica* y la *Ética* de Aristóteles, y tras la aplicación sistemática de la filosofía aristotélica a la teología cristiana por obra de Tomás de Aquino, fue cuando los posglosadores —especialmente los juristas italianos del siglo XIV Bartolo y Baldo— pudieron ir más adelante y hacer no sólo una tesis del derecho romano de los contratos, sino lo que hoy podría llamarse una teoría general del contrato. Lo hicieron partiendo de los conceptos aristotélicos de justicia distributiva y conmutativa, y empleando las categorías aristotélicas de sustancia y accidente, así como auténticas definiciones aristotélicas de causa final, causa formal, causa material y causa eficiente.[19]

La teoría del contrato desarrollada por los posglosadores en el siglo XIV no fue edificada, empero, sobre los fundamentos de la ciencia jurídica romanista debidos a los glosadores de los siglos XII y XIII —vistos a través de conceptos, categorías y definiciones aristotélicos—, sino también sobre los fundamentos de la ciencia jurídica y, ante todo, del *sistema* jurídico de los canonistas de los siglos XII y XIII. Lo que los canonistas añadieron a la ciencia jurídica romanista fue, primero, el principio de que las promesas son, por sí mismas, obligatorias por cuestión de conciencia, sea que estén "vestidas" o no; y segunda, que la causa que forma la base de un contrato, y que —si es una causa apropiada— le da su validez, deberá ser definida en térmi-

nos de la precedente obligación moral de las partes que justifica haber entrado en un contrato particular.

Los canonistas partieron del principio de la disciplina penitencial, según el cual cada promesa tiene la obligación de cumplirse, cualquiera que sea su forma: *pacta sunt servanda* ("los acuerdos deben cumplirse"). Por tanto, no impide emprender acción en un caso de contrato el hecho de que el contrato no esté por escrito o no se haya hecho bajo juramento. Un juramento y una promesa sin juramento son iguales a los ojos de Dios, afirmaron; no cumplir las obligaciones de un pacto equivale a una mentira.

Sin embargo, de ahí no se siguió que todas las promesas fuesen de cumplimiento obligatorio. Sólo los acuerdos apoyados por una causa propia —en el sentido de justificación— se consideraron legalmente obligatorios.

> Hubo *causa* si el promisor tenía en vista un resultado definitivo, fuese algún acto legal definido o algo más general, como la paz. Y para que la moral fuera salvaguardada, no sólo era necesario que el promisor hubiese tenido un objeto, sino que este objeto fuese razonable y equitativo.[20]

En el derecho de contratos, la "razón" y la "justicia", para los canonistas del siglo XII y para los romanistas por igual, exigían un equilibrio de pérdidas y ganancias en ambas partes. En cada contrato las cosas o servicios intercambiados habían de ser de igual valor. Éste fue llamado el principio del "precio justo". La expresión misma, *pretium iustum*, fue tomada de un pasaje del Digesto, según el cual cuando el vendedor de un fondo *(fundus)* hubiese recibido menos de la mitad del "precio justo" podía demandar al comprador, quien, empero, podría elegir el modo de cumplir con la obligación (puede suponerse que pagando el resto, o bien rescindiendo el contrato).[21] Esta regla (que a primera vista parece un remedio para un vendedor al que no se pagó) reapareció por primera vez en Europa occidental en el *Brachylogus*, libro de texto del derecho romano de comienzos del siglo XII donde, característicamente, fue ensanchada para aplicarla a cualquier contrato de venta.[22] Los canonistas aplicaron la misma regla.[23] Mediante la nueva elaboración, la doctrina del precio justo se desarrolló como principio general para poner a prueba la validez de cualquier contrato.

Desde luego, el problema consiste en determinar lo que es justo. Los romanistas, así como los canonistas, partieron del principio de que normalmente el precio justo es la estimación común, es decir, el precio del mercado.[24] No se le consideraba un precio fijo: variaba de acuerdo con la diversidad de tiempo y lugar. Y donde, como en el caso de tierras, fuese difícil establecer un precio de mercado, se determinaría el precio justo por consideración del ingreso obtenido de ellas, o examinando las ventas hechas en lugares cercanos, o bien, si todo esto fallaba, pidiendo la opinión de hombres que tuviesen un buen conocimiento de los precios del lugar.

Los romanistas trataron toda desviación del precio justo como una tergiversación o un error de hecho; es decir, supusieron que si un comprador pagaba más que el precio del mercado, o un vendedor recibía menos, ello era porque no sabía cuál era el precio del mercado, y entonces inventaron varios remedios para la víctima, dependiendo de que la mala información hubiese sido deliberadamente transmitida o no por la otra parte. También aplicaron la regla utilizada por los canonistas en casos de matrimonio contraído por un error de hecho, a saber, si la persona así confundida habría entrado en el contrato aun si hubiese conocido las verdaderas circunstancias, entonces el error no tenía importancia y no anulaba el contrato.

Los canonistas también se preocuparon por otro aspecto de una venta por un precio que no fuese el precio justo, a saber, la excesiva ganancia obtenida por una de las partes. El lucro —en contra de lo que han dicho muchos autores modernos— no fue condenado por el derecho canónico del siglo XII. En muchas situaciones se consideró lícito comprar barato y vender caro. Si la propiedad de alguien había aumentado de valor desde su primera compra, no había nada malo en venderla por un precio mayor. Si un artesano mejoraba un objeto gracias a su habilidad, tenía derecho a cobrar más de lo que había pagado. Pero aun cuando no hubiese mejoras, como cuando un comerciante compraba bienes con el propósito de revenderlos con ganancia, los canonistas dijeron que esta ganancia era perfectamente lícita siempre que el motivo no fuese la codicia, sino el deseo de mantenerse a sí mismo y a quienes dependían de él.[25] Lo que fue condenado por el derecho canónico fue el lucro "vergonzoso" *(turpe lucrum*, "sucio lucro"), el cual fue identificado con las prácticas del comercio voraz. Éstas, a su vez, fueron parcialmente definidas según que se desviaran de las prácticas normales del comercio. De este modo, para los canonistas, la doctrina del precio justo llegó a ser en esencia una regla de irrazonabilidad, dirigida contra las transacciones opresivas, y una regla de competencia desleal, dirigida contra la violación de las normas del mercado.

Como tal, esta doctrina corrió paralela a otra doctrina del derecho canónico: la prohibición de la usura. Ésta fue condenada en el Antiguo y el Nuevo testamentos, y la Iglesia la había denunciado desde los primeros tiempos.[26] Sin embargo, la definición de usura nunca fue enteramente clara, y no dejó de cambiar. A veces parecía referirse a cualquier ganancia obtenida por préstamo de dinero, cualquiera que fuese su propósito o su forma. En las sociedades agrícolas, donde los trabajadores de la tierra habían de sobrevivir periodos de hambre antes de la cosecha y de su venta, quienes se dedicaban a prestar dinero con interés solían ser a la vez que buscados y odiados, deseados y condenados. En Europa occidental durante los siglos IX, X y comienzos del XI (antes del gran resurgimiento del comercio), cuando el préstamo se hacía casi siempre para consumo y no para producción o inversión, la Iglesia había lanzado muchas prohibiciones incondicionales contra el pecado de usura. Sin embargo, a finales del siglo XI y comien-

zos del XII la situación económica empezó a cambiar drásticamente. En adelante, también se necesitó dinero para financiar empresas económicas en bastante grande escala. Asimismo se le necesitó para financiar empresas militares, también en muy grande escala, de la propia Iglesia. Al mismo tiempo, como lo ha señalado John Noonan,

> muchas iglesias y conventos tenían grandes deudas y se hallaban bajo constante presión de encontrar inversiones apropiadas para sus fondos. En realidad, los conventos fueron los primeros prestatarios a los nobles que partían a las Cruzadas. La compra de intereses anuales por las iglesias e instituciones piadosas se hizo en muy grande escala... El propio papado tenía a menudo grandes sumas ociosas depositadas en los bancos.[27]

En estas circunstancias, los juristas canónicos empezaron a sistematizar la ley de usura por vez primera. Comenzaron con el vasto concepto general de una época anterior: el pecado de usura consiste en prestar dinero para lucrar. Graciano lo definió como "todo lo que se exige más allá del capital", y declaró que el usurero, como el ladrón, tenía que devolver lo que había recibido en exceso del préstamo.[28] Además, en el siglo XII, el derecho canónico extendió la doctrina de la usura a la venta de bienes a crédito cuando el precio cargado fuese superior al que se hubiese pedido por una venta al contado. Sin embargo, al mismo tiempo se declaró que un gran número de operaciones financieras y recursos de crédito —por ganancia— no eran usurarios. Cuando el que pedía el préstamo era un enemigo, un vasallo o un poseedor injusto, se le podían cobrar intereses. Cuando el interés fuese una compensación por una pérdida sufrida por prestar, era lícito cobrarlo; también era válido un acuerdo en que el prestatario pagaría una multa financiera si no devolvía el préstamo en el tiempo acordado. Además, un prestamista que cumpliera su promesa podía deducir de sus ingresos los gastos que le hubiese causado. Con el tiempo, en la segunda mitad del siglo XIII se sostuvo que se podía cargar un precio superior por una venta a crédito que por una venta al contado cuando el prestamista, como resultado del préstamo, sufría una pérdida o era privado de una ganancia que de otra manera habría obtenido. De hecho, los canonistas emplearon primero el término romano "interés" *(interesse)* en el sentido de cargo legal por el préstamo de dinero, a distinción del pecado de usura.

Además, el derecho canónico reconoció la validez de una gran variedad de contratos comerciales que empezaron a florecer a finales del siglo XI y durante el XII, de acuerdo con los cuales se entregaba un dinero, arriesgándolo, para obtener una ganancia. Éstos incluían empresas conjuntas en forma de sociedad, el llamado *census* (que era una obligación de pagar una cantidad anual a partir de una propiedad que producía ingresos) y la venta de deudas por un acreedor a una tercera parte con un descuento. Por último, el "depósito" romano fue transformado en un préstamo de dinero para invertir, con una tasa de interés opcional.

De este modo, el derecho canónico de la usura se desarrolló como sistema de excepciones a la prohibición contra la usura. Como la doctrina del precio justo, también la doctrina de la usura era una regla flexible, a la vez contra la irrazonabilidad y contra la competencia desleal. John Gilchrist tiene razón, sin duda, al juzgar que los principios del derecho canónico ofrecieron un fundamento importante a la rápida expansión de las actividades comerciales y financieras de Europa occidental en el siglo XII.[29] Mediante la aplicación de contratos informales ("la palabra de un hombre es su prenda"), mediante el concepto de la precedente obligación moral *(causa)* como clave para determinar qué contratos eran válidos, mediante las doctrinas de irrazonabilidad y de competencia desleal, en forma de precio injusto y de usura, los canonistas, con ayuda de la ciencia jurídica romanista, lograron crear un subsistema de derecho de contratos dentro del sistema general de derecho canónico.

PROCEDIMIENTOS

Los canonistas tomaron mucho de los antiguos textos romanos y de la costumbre germánica de su época. Sin embargo, dieron un nuevo giro a ambos (aunque sólo fuese al combinarlos), y el conjunto resultante fue muy diferente de uno y otro.

Esto puede verse con mayor claridad en el procedimiento de los tribunales eclesiásticos.[30] *1)* En contraste con el antiguo sistema romano y con el sistema germánico de procedimientos, el método canónico era escrito. Tan sólo se podía iniciar una acción civil o penal por una queja o acusación escrita que contuviera una breve declaración de los hechos. Suponíase que el acusado respondería por escrito a los puntos anotados por el quejoso o el acusador. A comienzos del siglo XIII ya se exigía un registro escrito de los procedimientos. El juicio debía ser por escrito, aunque el juez no tuviese que dar por escrito sus razones. Las partes examinaban a testigos y se examinaban entre sí en interrogatorios escritos. *2)* El testimonio, fuese escrito u oral, debía hacerse bajo juramento, con graves castigos por perjurio. El juramento mismo era una institución germánica, pero los canonistas fueron los primeros en emplearlo sistemáticamente como recurso testimonial en el sentido moderno. En contraste con el sistema germánico de la compurgación (ayuda por juramento), en que una parte, por juramento, se "purgaba" de los cargos y otros lo apoyaban con el mismo juramento, los canonistas exigieron que una parte o un testigo jurara, de antemano, que respondería con la verdad a cualescuiera preguntas pertinentes que se le hicieran. *3)* El procedimiento canónico permitía que las partes estuviesen representadas por un abogado, quien discutía la ley ante el juez sobre la base de los hechos revelados por los testimonios. Antes, tanto en el derecho romano clásico como en el derecho germánico, el que actuara en nom-

bre de otro había asumido los derechos y deberes de éste; era un sustituto, más que un representante. El concepto de representación jurídica fue introducido por los canonistas, indirectamente relacionado con conceptos teológicos y con preocupaciones eclesiásticas. *4)* Los canonistas también inventaron el concepto de un doble sistema de procedimiento, uno de ellos solemne y formal, el otro sencillo y equitativo. Se podía recurrir al procedimiento sencillo en ciertos tipos de casos civiles, entre ellos los que incluían a personas pobres u oprimidas y aquellos para los que no había un remedio legal ordinario. Se prescindía del asesor jurídico, así como de las quejas escritas y los interrogatorios escritos. *5)* Por último, en los procedimientos penales el derecho canónico, en contraste con los sistemas romano y germánico, desarrolló una ciencia de la investigación judicial de los hechos del caso, por la cual se exigía al juez que interrogara a las partes y a los testigos de acuerdo con principios de razón y de conciencia. Uno de estos principios era que el juez debía quedar perfectamente convencido del juicio que daba. Decíase que el sistema de procedimientos había pretendido "informar la conciencia del juez", expresión utilizada después en el procedimiento equitativo de la cancillería inglesa. Un segundo principio era que el juez debía ponerse en el lugar de la persona que estaba ante el tribunal, para discernir lo que esa persona sabía y obtener de ella, mediante un interrogatorio sutil, "aquello que el propio pecador tal vez no sepa, o que por vergüenza tratará de ocultar".[31]

El énfasis en la investigación judicial quedó asociado no sólo a un procedimiento más racional para obtener pruebas, sino también al desarrollo de los conceptos de verdad probable y los principios de pertinencia y de importancia. Se crearon reglas elaboradas para impedir la presentación de pruebas superfluas (cosas ya comprobadas), pruebas no pertinentes (cosas que no afectaban al caso), pruebas oscuras e inciertas (cosas de las que no podía hacerse una clara inferencia), testimonio excesivamente general (cosas de las que sólo surge oscuridad) y pruebas contrarias a la naturaleza (cosas que es imposible creer).[32]

El procedimiento del derecho canónico del siglo XII, más moderno, más racional y más sistematizado, ofrecía un notable contraste con las instituciones más primitivas, formalistas y flexibles que habían prevalecido en los procedimientos judiciales germánicos en siglos anteriores. De hecho, los principios de razón y de conciencia fueron proclamados por los juristas eclesiásticos como armas contra el formalismo y la magia del derecho germánico. El ejemplo más notable de esto fue el decreto del Cuarto Concilio Lateranense de 1215, que prohibió a los sacerdotes participar en ordalías. Esta ley puso fin, efectivamente, al uso de las ordalías en toda la cristiandad occidental, obligando con ello a las autoridades seculares a adoptar nuevos procedimientos de prueba en los casos penales. En casi todos los países, los tribunales seculares adoptaron procedimientos similares a los que estaban en vigor en los eclesiásticos. En Inglaterra, los tribunales reales remplaza-

ron la ordalía por la investigación jurada, llamada después el jurado, que ha estado en vigor en los tribunales reales de Inglaterra en diferentes casos civiles durante más de 50 años, pero que antes no se había empleado en casos penales. Empero, en los siglos XIV y XV, los cancilleres ingleses adoptaron muchos rasgos del procedimiento eclesiástico en los casos que se les presentaban (después llamados pleitos en equidad).[33]

Sin embargo, pese a su refinamiento y a su insistencia en la razón y la conciencia, el derecho canónico también tenía sus propios elementos de magia. Éstos eran evidentes por doquier, pero sobre todo en el procedimiento solemne ("ordinario"), en contraste con el sumario ("sencillo"). Ante todo, el interés en lo escrito era tan exagerado que claramente revela un elemento de magia. Como ha dicho Mauro Cappelletti: "Las actas procesales no reducidas a escrito eran nulas y vanas... Se exigía al juez que basara su decisión exclusivamente en los registros escritos".[34] Con el tiempo, y en los tipos más formales de procedimiento ordinario, el juez ya no interroga en persona a las partes y a los testigos, sino que sólo estudiaba el registro escrito de su interrogatorio, redactado por sus subordinados. Desde luego, esto anulaba el propósito original de la investigación judicial, que consistía en capacitar al juez para que se formara una "convicción íntima" de la verdad de las cosas en disputa.

Aunada al carácter sacro o mágico de la escritura iba la elaboración de un conjunto de reglas formales para evaluar las pruebas, que existían junto con las reglas racionales de pertinencia y de importancia. Se requerían dos testigos oculares o auriculares para establecer un hecho (aunque en los hechos notorios pudiese tomarse noticia judicial). El testimonio de una mujer sólo valía la mitad, y había de complementarse con el testimonio de al menos un hombre. El testimonio de un noble contaba más que el de un común, el de un sacerdote más que el de un laico y el de un cristiano más que el de un judío. Esta artificial calificación de los testimonios —prueba completa, media prueba, cuarto de prueba y hasta octavo de prueba— adquiriría creciente importancia al dejar de examinar el juez a los testigos y tener que limitarse a los registros escritos.

Los rigores de la prueba, tanto formal como racional, eran tales que a menudo resultaba muy difícil establecer los motivos de convicción en casos penales.[35] Fue este hecho más que ningún otro el que con el tiempo condujo al difundido uso de la tortura para arrancar testimonios y especialmente para obtener la "reina de las pruebas": una confesión. En los casos en que se dudaba del estado mental del acusado —los casos de herejía eran el primer ejemplo— nadie estaba calificado para prestar testimonio con respecto a su estado mental más que el propio acusado, y no había manera más segura de obtener su confesión de un estado mental delictuoso que el empleo de la fuerza física.

En los casos civiles no sólo los rigores de la prueba, sino también —y más especialmente— las complejidades de obtener testimonio mediante

interrogatorios escritos, sin participación del juez, inevitablemente condujeron al difundido uso de tácticas dilatorias de los abogados. Esto, a su vez, fue contrarrestado estableciendo una serie de etapas obligatorias, con fallos separados del juez en cada etapa. Sin embargo, este sistema no pudo resistir una presión en favor de que se aceptaran apelaciones a los diversos fallos y luego exigir que tales apelaciones se hicieran sin renunciar al derecho de objetar los fallos en etapa posterior. No es de sorprender que algunos casos duraran años y hasta decenios.

Estos vicios en el procedimiento romanista-canónico fueron más característicos por su uso en los tribunales seculares que en los eclesiásticos, donde la participación del juez era mayor y tenía más cabida la discreción judicial. También fueron más característicos de su desarrollo ulterior que de su empleo en los siglos XII y XIII. Es probable que el depender más de las pruebas escritas, de las reglas formales, de sopesar los testimonios y de las confesiones en casos penales reflejara un declinar del respeto a los juramentos, el cual, paradójicamente, acaso reflejara el mayor énfasis en la racionalidad del derecho.

El carácter sistemático del derecho canónico

A finales del siglo XI, en el XII y comienzos del XIII surgió —en realidad, fue creado conscientemente, aunque no de una sola vez, sino gradualmente y reconstituyendo y restructurando elementos prexistentes y dispares— un sistema de derecho canónico, un *ius canonicum* (como se le llegó a llamar a mediados del siglo XII), un *corpus iuris canonici* (como se le llamó en el XIII). Descomponiéndolo en derecho corporativo, derecho penal, derecho matrimonial, derecho de herencias, derecho de propiedad, derecho de contratos y procedimientos, se le dio una apariencia de mayor coherencia, lo que no habían hecho los propios canonistas de aquel entonces: ellos escribieron tratados sobre procedimientos, pero en general no analizaron subsistemas particulares de derecho sustantivo; ese estilo de análisis sólo entró en boga muchos siglos después. Y, sin embargo, ahí estaban los subsistemas para analizarlos.

La integración analítica del derecho canónico, es decir, su explícita sistematización lógica, partió de la creencia de que, bajo la multiplicidad de reglas y procedimientos jurídicos, se encontraba un conjunto de principios jurídicos básicos, y que era tarea de los juristas identificar esos principios y ayudar a forjar el derecho, de modo que quedase en armonía con ellos. Los juristas pensaban en principios y a partir de éstos edificaron sistemas que, como los teólogos, elaboraron en libros llamados *summae*, en el sentido de "lo más alto" y lo "total".

Además, creíase que los principios jurídicos subyacentes no sólo tenían un aspecto lógico, sujeto a la razón, sino un aspecto moral, sujeto a la conciencia. Por consiguiente, se necesitaba no sólo una sistematización analítica o lógica, que se esforzara por dar congruencia al derecho, sino también una sistematización moral que se esforzara por obtener la justicia. Además, creíase que los principios subyacentes en el derecho tenían lo que hoy se llamaría un aspecto político: por una parte, eran los principios ya implícitos en el derecho, pero también eran, por otra parte, un programa, una norma según la cual juzgar y corregir y, de ser necesario, eliminar ciertas leyes. Suponíase que esto se realizaría en la práctica. Por ello, además del elemento lógico de la razón y del elemento moral de la conciencia en la sistematización del derecho canónico, estaba el elemento político de la reforma, desarrollo o crecimiento.

Los aspectos lógicos, morales y políticos de los principios jurídicos fundamentales quedaron resumidos en el concepto de derecho natural. Éste era un concepto considerablemente distinto del que habían sostenido griegos y romanos. El anterior derecho natural se había definido como el derecho de cada quien —como se dice en el primer título del Digesto de Justiniano— a recibir lo que por justicia le corresponde; el derecho natural era justicia, equidad, lo que era justo; era un derecho ideal; la ley, no del Estado sino de la naturaleza misma, a la cual podía conformarse o no la ley del Estado. Carecía del carácter programático del derecho natural de los posteriores romanistas y canonistas europeos. Según los canonistas, el derecho natural era básicamente una norma que la Iglesia había de mostrar a los gobernantes seculares y, en segundo lugar, una norma por la cual interpretar y forjar, asimismo, el derecho de la Iglesia. El derecho natural no era un derecho ideal fuera de los sistemas jurídicos existentes, sino la moral del derecho mismo, dentro de los sistemas jurídicos existentes. Era una especie de principio constitucional, o *Grundgesetz*, una "cláusula del proceso debido". Por causa del carácter programático o político del derecho, representado particularmente por esa parte que fue llamada derecho natural, miles de jóvenes acudían anualmente a las universidades a estudiar derecho —como en la actualidad en los Estados Unidos— con el fin de prepararse para seguir una carrera política. Entre ellos se encontraban los jóvenes más inteligentes y ambiciosos de Europa. Se les enseñaba el derecho positivo y sus técnicas de aplicación, pero también se les enseñaba el derecho natural, el derecho que debía ser. Las glosas desempeñaban una función política.

Lo que aquí hemos llamado el aspecto político del derecho canónico, su principio de desarrollo consciente, de crecimiento, de reforma, se manifestó concretamente en la avalancha de legislación que procedió del papado y de los concilios de la Iglesia convocados por el papado a partir de finales del siglo XI. Se manifestó, asimismo, en la continuidad de los estudios jurídicos cuando cánones, glosas, decretales y otras fuentes fueron recabadas y se escribieron tratados. Por último, y tal vez de la mayor importancia, se manifestó en la continuidad de la profesión jurídica, cuando

sucesivas generaciones de abogados se prepararon en las universidades y después pasaron a las cancillerías y tribunales eclesiásticos y seculares para practicar lo que se les había enseñado.

La combinación de elementos lógicos, morales y políticos contribuyó a una sistematización que era totalmente distinta de un análisis simplemente doctrinal o dogmático de las reglas jurídicas, por muy complejo y muy coherente que fuera. El derecho canónico como sistema era más que simples reglas; era un proceso, un proceso dialéctico de adaptar reglas a situaciones nuevas. Esto era inevitable, aunque sólo fuese por los límites impuestos a su jurisdicción y por la consiguiente competencia a la que hubo que enfrentarse por parte de los sistemas jurídicos seculares coexistentes con él.

VII. BECKET CONTRA ENRIQUE II: LA COMPETENCIA DE JURISDICCIONES

LA CONQUISTA normanda de Inglaterra fue emprendida en el año 1066 —nueve años antes del *Dictatus* del papa Gregorio VII—, en parte con objeto de reformar la Iglesia inglesa, liberándola de presiones locales y feudales, y de centralizar la autoridad eclesiástica en manos del rey. Guillermo *el Conquistador* recibió del papa Alejandro II esta comisión que, según se creía, hacíase siguiendo el espíritu de la Reforma cluniacense. En un célebre decreto de 1067, Guillermo afirmó que el rey (y no los señores locales) tenía el poder de determinar si un papa debía ser reconocido o no por la Iglesia en Normandía y en Inglaterra; que el rey hace el derecho canónico por medio de sínodos eclesiásticos, y que el rey tiene poder de veto sobre las penitencias eclesiásticas impuestas a sus barones y funcionarios.

Sin embargo, ocho años después, el papa Gregorio VII estaba diciendo que él, el papa, y no los emperadores ni los reyes, era la cabeza de la Iglesia; que sólo el papa tenía la facultad de deponer a obispos y, en realidad, también a emperadores y reyes; y que el papa, y no reyes ni emperadores, es quien determina si pueden considerarse canónicas las acciones emprendidas por los sínodos eclesiásticos.

Guillermo y sus dos sucesores (sus hijos Guillermo II, 1087-1100, y Enrique I, 1100-1135) lograron oponerse a las pretensiones papales de supremacía sobre la Iglesia en sus dominios, aunque Enrique I hiciera algunos considerables compromisos en el Concordato de Bec. En cambio, en el reinado de Esteban (1135-1154), que los historiadores ingleses han llamado "la anarquía de Esteban" por causa de los desórdenes civiles que lo caracterizaron, el partido papista en Inglaterra obtuvo considerables ventajas en prestigio y poder.[1] Se fundaron nuevas órdenes monásticas, leales al papa, y recibieron un gran apoyo popular, especialmente porque ofrecían alivio y labores de beneficencia a las víctimas de la guerra civil. En una época en que la justicia a menudo quedaba suspendida, los sínodos eclesiásticos siguieron reuniéndose, y la ley se aplicó en los tribunales episcopales. El derecho canónico atrajo partidarios, tanto entre clérigos como entre laicos: muy pronto, en 1140, el tratado de Graciano estaba siendo estudiado y discutido por ingleses cultos, que seguramente quedaron impresionados por su superioridad intelectual sobre el derecho secular —apenas escrito—, con sus formalistas procedimientos de ordalía, juicios por combate y compurgación.[2] En una época de dificultades, la Iglesia de Roma fue el principal pilar del orden y la justicia, y cuando por fin llegó la paz en 1154 y una nueva dinastía pasó a ocupar el trono, ello fue, en parte, resul-

tado de la mediación en la lucha política de los partidarios de la supremacía papal.

Sin embargo, el nuevo rey, Enrique II (1154-1189), reafirmó la supremacía real sobre la Iglesia. En 1162 nombró arzobispo de Cantorbery a su íntimo amigo Tomás Becket, quien ya ocupaba la cancillería, por entonces el más alto cargo del reino después del propio monarca. Enrique esperaba que aquél siguiera como canciller siendo arzobispo, para llevar a cabo con mayor eficiencia la política de resistencia a las pretensiones papales. Sin embargo, Becket renunció a la cancillería y, siendo arzobispo, se volvió un ardiente partidario de que la Iglesia se independizara del dominio real. Cuando Enrique emitió las Constituciones de Clarendon en 1164, que restauraban gran parte del poder del rey sobre la Iglesia, Becket declaró que la nueva ley era una usurpación. Durante seis años continuó una enconada lucha política entre los dos hombres, en que participaron importantes figuras eclesiásticas y seculares de muchas partes de Europa. Por último, en 1170, como respuesta a las palabras de Enrique de "¿No habrá quien me libere de este sacerdote insoportable?", cuatro de sus hombres asesinaron al arzobispo en su catedral de Cantorbery. Sin embargo, este acto escandalizó tanto a Inglaterra —y en realidad, a toda la cristiandad— que Enrique, como penitencia, fue descalzo a Cantorbery (ciertamente, sólo caminó desde los aledaños de la ciudad), y —lo que es más importante— en 1172 se sometió a un legado papal, en las alturas de Avranches, y ante su catedral públicamente renunció a aquellas partes de las Constituciones de Clarendon que eran "ofensivas".

Las Constituciones de Clarendon

Las Constituciones, es decir, decretos o estatutos que fueron emitidos en Clarendon en 1164, pretendían ser un registro de 16 "costumbres, libertades y privilegios" del abuelo de Enrique II (Enrique I), reconocidos por los principales clérigos y nobles. La primera (artículo 1) declaraba que todas las disputas por el derecho de patronato de los cargos eclesiásticos —llamado *advowson* (convocatoria)— se decidirían en el tribunal del rey, aunque la disputa surgiera entre un laico y un clérigo o aun entre dos clérigos. La importancia de atribuir esta costumbre a Enrique I se debe a que durante el reinado de Esteban tales disputas a menudo se habían zanjado en tribunales eclesiásticos. Otra cláusula (artículo 9) establecía la jurisdicción real (y el juicio) sobre la pregunta de si ciertas tierras particulares eran propiedad de la Iglesia *(frankalmoign*, "limosnas libres"). También para esta costumbre resultó mejor la autoridad antigua que la más reciente, pues en tiempos de Esteban los tribunales eclesiásticos habían afirmado su propia supremacía, al determinar su jurisdicción sobre las propiedades eclesiásticas. Otras cláusulas prohibían que arzobispos, obispos y otros clérigos se

lieran del reino sin autorización del rey (artículo 4); determinaban las apelaciones del tribunal arzobispal al tribunal del rey (artículo 8); imponían salvaguardias procesales a las acusaciones de laicos en tribunales eclesiásticos (artículo 6); prohibían la excomunión de un primer arrendatario del rey (alguien que había recibido tierras directamente del rey, en contraste con un subarrendatario), o de un funcionario de la casa del rey, sin autorización de éste (artículo 7); reiteraban el acuerdo al que se había llegado en Bec en 1107, de que las elecciones de obispos y otros clérigos con beneficio "debían celebrarse en la capilla del rey, con la asistencia del clero del reino... y el clérigo elegido ya no rendirá homenaje y lealtad más que al señor rey... antes de ser consagrado" (artículo 12); otorgaban jurisdicción al tribunal del rey para "demandas de deudas, comprometidas bajo juramento de fe" (artículo 15), y prohibían la ordenación de hijos de villanos sin el consentimiento del señor en cuyas tierras habían nacido (artículo 16).

De estas nueve cláusulas (los artículos 1, 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15 y 16), todas, excepto la que trataba de la investidura (artículo 12), violaban el prevaleciente derecho canónico de la Iglesia.[3]

Fue el tercer artículo de las Constituciones el que, a la postre, resultó más notorio. En efecto, establecía que todo clérigo acusado de felonías (que incluían homicidio, incendio, robo, violación, desorden y algunos otros delitos graves) debía ser enviado por el tribunal del rey al tribunal eclesiástico para ser juzgado y, si allí quedaba convicto, sería devuelto al tribunal del rey a recibir sentencia. En la práctica, esto significaba ser ejecutado o mutilado sacándole los ojos, o cortándole manos o piernas. Un funcionario real había de presenciar este procedimiento en el tribunal eclesiástico "para ver cómo se trataba ahí el caso".

Algunos historiadores del derecho inglés han analizado el titánico conflicto entre Enrique y Becket sobre todo en función de sus respectivas posiciones con respecto al artículo 3. Sin embargo, de hecho, otras cláusulas de las Constituciones eran de mayor significación. El artículo 8 haría que el rey y no el papa fuese el supremo árbitro del derecho canónico en Inglaterra.

Los historiadores también han hecho gran énfasis en los aspectos psicológicos del conflicto. Suele decirse que habría podido evitarse su trágico fin si alguno de los principales protagonistas no hubiese sido tan empecinado. En realidad, caca cual vaciló entre la insistencia en demandas extremas y las ofertas de acuerdo, por lo general hechas en mal momento. Un comentador sostiene que en cierto punto Enrique estaba "al parecer" dispuesto a "cancelar" las Constituciones de Clarendon y a "conceder todo aquello por lo que estaba luchando Becket".[4] Si esto fuese así, la incapacidad de resolver la disputa podría achacarse exclusivamente a la personalidad de Becket. Además, esto sugiere que su martirio (como dice uno de los homicidas en la obra de T. S. Eliot, *Asesinato en la Catedral)* fue en realidad por su propia culpa, una especie de suicidio. (Un historiador con-

temporáneo ha llamado a Becket "un gregoriano irreconciliable, empeñado en el martirio".)[5] No obstante, aun suponiendo que Enrique hubiese estado dispuesto a renunciar a las Constituciones como documento, bien podemos preguntarnos si habría renunciado a su ambición de gobernar a la Iglesia en su territorio. De hecho, Enrique *no* respondió a la muerte de Becket como si el arzobispo hubiese sido el culpable de ella. Desde luego, la respuesta de Enrique puede explicarse, al menos en parte, por el enorme escándalo causado por el asesinato. Sin embargo, ese mismo escándalo, así como las ulteriores consecuencias políticas e históricas de la muerte de Becket, hacen que parezca inadecuada una interpretación puramente psicológica del conflicto. Los dos hombres no sólo se representaban a sí mismos, sino a dos grandes fuerzas opuestas en la historia de Occidente, la eclesiástica y la secular.

En pie queda la pregunta —importante para la comprensión de la tradición jurídica occidental— de ¿quién tenía razón? Hace casi un siglo Maitland sostuvo que Enrique tuvo razón, porque las costumbres que él afirmaba eran, de hecho, las que había practicado su abuelo, Enrique I. Maitland tomó uno de los argumentos de Becket, "Cristo no dijo 'Yo soy la costumbre', sino 'Yo soy la verdad'", como tácita admisión de que Enrique estaba actuando legalmente. De hecho, ese mismo argumento fue establecido por Tertuliano (*c.* 155-220 d. C.), y empleado por el papa Gregorio VII al responder, un siglo antes, al emperador Enrique IV; Graciano lo había repetido sólo una generación antes, como base para modificar las costumbres irrazonables. De hecho, el argumento de Becket fue como referencia a un precedente histórico dentro de la Iglesia y a la autoridad del derecho eclesiástico. Sin embargo, aun suponiendo que la costumbre (secular) tuviese mayor fuerza legal que la verdad (eclesiástica), la afirmación de Maitland omite la posibilidad de que las costumbres de Enrique I se hubiesen modificado durante la llamada anarquía de Esteban. Al respecto sólo dice Maitland:

> Para todos los fines legales hay que pasar por alto el reinado de Esteban... porque fue una época de guerra y de "desorden". Sesenta años después esta doctrina aún prevalece; un litigante no puede depender de lo que ocurrió durante el reinado de Esteban, porque no fue una época de paz.[6]

Es característico de los historiadores del derecho inglés tratar una revolución como un simple interregno: lo mismo han hecho con la Revolución puritana de Cromwell. Empero, si el reinado de Esteban fue el periodo en que la Revolución papal se afirmó por fin en Inglaterra, ¿no debiera considerarse contrarrevolucionaria la pretensión de Enrique II de volver a las costumbres de su abuelo? Desde este punto de vista, Becket estaba luchando por una causa ya ganada. En la cuestión de la supremacía real sobre la Iglesia, Enrique, en cambio, estaba atrasado al menos una generación y, por otra parte, estaba adelantándose tres siglos y medio.[7]

El especial equilibrio que hay que lograr entre ambos poderes, no tratándose de simple supremacía del uno sobre el otro, siguió en duda; y es aquí donde las peculiares circunstancias del martirio de Becket establecen una diferencia.

Beneficio de clerecía y peligro de juicio doble

¿Tuvo razón Becket al considerar que el artículo 3 de las Constituciones de Clarendon constituía una violación al principio contra el peligro de juicio doble por un delito? "Dios no castiga dos veces por la misma ofensa" *(ne bis in idem)*. Estos términos empleados por Becket se remontan a un texto bíblico mal traducido (*Na* 1:9) y aún fueron aplicadas en el siglo XII por los canonistas como autoridad para excluir el doble riesgo de los tribunales eclesiásticos. Al parecer, Becket fue el primero en citar esta frase para justificar el privilegio del clero, que sólo podía ser castigado —por ciertas faltas— en el foro eclesiástico.[8] Y, sin embargo, nunca se pidió total inmunidad clerical contra la jurisdicción secular. Cierto que tanto en el Imperio bizantino como en el franco, los obispos —aunque no quienes estaban por debajo de ellos— por lo general fueron juzgados y sentenciados por sus pares clericales.[9] Sin embargo, en aquella temprana época no existía una marcada distinción entre los tribunales clericales y los seculares; en ambos había clérigos. Sea como fuere, en Inglaterra como en cualquier parte, antes del siglo XII era muy común que los clérigos que habían sido condenados y depuestos, o de alguna otra manera castigados en procesos eclesiásticos, fuesen entregados a los tribunales locales, feudales o reales para ser juzgados y castigados por ese mismo acto. Sólo con el establecimiento del nuevo sistema de jurisdicción eclesiástica a finales del siglo XI y principios del XII, la cuestión del beneficio del clero pasó a ser asunto crucial.

Los argumentos en contra de la posición de Becket han sido elocuentemente planteados por Maitland. La doctrina de Becket, según la cual el Estado no debe castigar al clérigo delincuente por el mismo crimen por el que ya ha sido depuesto o degradado, "no había sido tolerada por el Estado ni consagrada por la Iglesia". Los canonistas no apoyaron la regla defendida por Becket, que no era ley en ningún otro lugar de Europa. Si se hubiese aceptado, señala Maitland, "ningún clérigo depuesto o degradado habría sido entregado jamás al brazo secular [para ser ejecutado] como hereje o como falsificador de bulas papales". Además, Maitland sostuvo que en la época de la controversia de Becket el juicio en los tribunales de la Iglesia en casos penales "estaba volviéndose poco más que una farsa". Por entonces, el procedimiento eclesiástico en casos de felonía se hacía por compurgación. Afirmó Maitland: "El obispo Jocelin de Salisbury se libró de toda complicidad en el asesinato de Becket con cuatro o cinco testigos juramentados. Huberto Walter, en lugar del arzobispo, prohibió que se exigieran más compurgadores que los doce canónicos". Además, aun si el

sacerdote fallaba en la compurgación y quedaba convicto, los castigos eclesiásticos eran relativamente benignos: el obispo "podía degradar al clérigo de sus órdenes y, como castigo adicional, relegarlo a un convento o mantenerlo en prisión de por vida. Se podían infligir unos azotes... Éste era por entonces el castigo debido a los clérigos felones; tememos que muy pocos de ellos lo hayan sufrido". El beneficio de clerecía era "una injusta y maligna inmunidad".[10]

El argumento de Maitland, que ha sido adoptado por George Greenaway, W. L. Warren y otros, resulta excesivo. ¿Era el juicio eclesiástico mayor farsa que el juicio por combate o por ordalía en los tribunales seculares? ¿Eran las sanciones de los tribunales reales —horca o mutilación— un castigo más apropiado por un primer delito que el confinamiento en un convento o en una prisión? Además, Maitland omite el más sutil de los castigos eclesiásticos: el obispo podía ordenar que la penitencia se hiciera —bajo pena de excomunión— en forma de rembolso a la víctima o a su familia, obras pías y otras buenas obras. Además, la propia pena de excomunión podía ser muy severa, ya que en su forma extrema constituía una expulsión de la Iglesia, que equivalía a un virtual ostracismo.

Greenaway sostiene que el principio de peligro de doble juicio no fue violado por las Constituciones de Clarendon, ya que Enrique no estaba proponiendo un segundo juicio, sino sólo una sentencia.[11] Éste es un buen argumento, pero dista mucho de responder a todas las preguntas. ¿Qué es lo que hace tan aborrecible al peligro de doble juicio? ¿Es simplemente el hecho de dos juicios, o tal vez, asimismo, el hecho de condenación por dos jurisdicciones? Más aún, ¿puede el segundo tribunal imponer una sentencia sin, en realidad, una especie de juicio, o al menos una caracterización del delito? Lo que en los tribunales reales podía ser robo con escalo, punible con la muerte, podía resultar un delito menor en los tribunales eclesiásticos si había sido causado, por ejemplo, por la necesidad y seguido por rendición voluntaria y devolución de los bienes robados.

Los sistemas jurídicos contemporáneos no tienen ninguna dificultad para permitir que se acuse a un hombre por malversación de fondos, aunque ya su patrón lo haya descargado del delito, pues esta descarga no se considera como una condena oficial, sino como un acto de organización privada dentro del Estado. Así, para Becket, la pregunta parece haber sido ésta: ¿era la Iglesia una organización dentro del Estado, o era el Estado una organización dentro de la Iglesia?[12]

La jurisdicción eclesiástica en Inglaterra

El conflicto entre Becket y Enrique fue en esencia un conflicto por el alcance de la jurisdicción eclesiástica; fue, por tanto, un paradigma de la Revolución papal, que estableció por todo Occidente dos tipos de autoridad jurídico-política en competencia: el espiritual y el secular. Uno de los efectos de este dualismo consistió en aumentar la autoridad jurídico-política de los reyes en la esfera secular. Otro efecto fue crear tensiones en los límites de las jurisdicciones real y papal. Estas tensiones se resolvieron de diferentes maneras en los distintos reinos. Su resolución en Inglaterra fue poderosamente influida por las circunstancias del martirio de Becket.

En la Inglaterra del siglo XII, como en Europa en general, los tribunales eclesiásticos se arrogaban jurisdicción (aunque no siempre la consiguieran) sobre: *1)* todos los casos civiles y penales en que intervinieran clérigos, incluyendo todos los casos en que interviniera la propiedad de la Iglesia; *2)* todos los casos maritales; *3)* todos los casos testamentarios; *4)* algunos casos penales, como de herejía, sacrilegio, hechicería, usura, difamación, fornicación, homosexualidad, adulterio, daños a lugares religiosos y ataque a un clérigo, y *5)* los casos de contrato, de propiedad y otros casos civiles en que se había violado un juramento de fe (llamado "perjurio", es decir, violación de un juramento). En lo tocante al derecho canónico se podía incoar un caso sobre cualquiera de estas cuestiones presentando una queja en el tribunal del arcediano u obispo correspondiente, y se podía admitir apelación llevando a la parte perdedora al tribunal arquiepiscopal correspondiente, y de ahí al tribunal del papa en Roma. De hecho, en el siglo XIII fueron atendidos por el tribunal papal en Roma más casos de apelación de Inglaterra que de ningún otro país. El papa también ejercía una jurisdicción *original* o universal: el quejoso podía impetrar (procurar) un escrito de la curia papal, que nombrara delegados del papa para juzgar cualquier caso local. De hecho, esto fue muy común en los casos en que había en juego considerables sumas de dinero, así como en los casos en que las partes residían en diferentes arzobispados, pues ninguno de los grandes países de Occidente contenía sólo una jurisdicción papal. (Por ejemplo, no se podía apelar de una decisión del arzobispo de York ante el tribunal del arzobispo de Cantorbery.)

Al mismo tiempo, los tribunales seculares estaban desafiando —y a menudo, con todo éxito— las pretensiones jurisdiccionales de la Iglesia. Como lo ha dicho Maitland:

> Nunca en Inglaterra, y tal vez en ningún otro país, entregó el Estado a los tribunales eclesiásticos todo ese terreno ilimitable que le exigían los más fanáticos de sus partidarios. Por doquier vemos lucha, y luego acuerdo, y luego, a más tardar después del siglo XIII, el Estado suele salir victorioso en cada combate. Es inútil el intento de trazar una línea firme entre los asuntos "espirituales" y los "temporales". Y lo seguirá siendo si los llamados "tribunales espirituales" han de ejercer algún poder dentro de este mundo temporal. Tan vacilante, tan acientífica era la frontera que en cualquier momento y en cualquier país separaba el territorio del derecho secular del territorio del derecho eclesiástico, que se podía perder y ganar terreno en grados insensibles... Sólo tenemos que considerar la incurable vaguedad de enunciados como "causas testamentarias" y "causas ma-

trimoniales", y veremos cuán fácilmente una anexión podía seguir a otra sin ninguna batalla campal, ningún grito de triunfo ni lamento de derrota. Por ello, los jefes de la Iglesia tenían que tolerar mucho que no podían aprobar o, en todo caso, mucho que no podían aprobar en nombre de la Iglesia. Podían dar y tomar sin sacrificar primeros principios. No cabe duda de que había principios por los que se habrían declarado dispuestos a morir a la manera de Santo Tomás; pero no estaban llamados a derramar su sangre por cada línea y jota de una jurisprudencia compleja e insaciable. Los papas, y papas a los que no les había faltado energía, les habían enseñado, de palabra y de obra, que cuando se tienen tratos con el poder temporal, bien se puede contemporizar.[13]

Vemos ahí, pues, una situación bastante incómoda: dos conjuntos de tribunales —el uno eclesiástico, el otro real— que se arrogaban jurisdicción sobre los mismos casos. ¿Cómo resolver estas pretensiones encontradas? Por una parte, el rey era un cristiano y, por tanto, súbdito del papa; se habría pensado que el papa, o su subordinado, el arzobispo de Cantorbery, sólo tendría que advertir al rey inglés que, a menos que cediera a las demandas jurisdiccionales de la Santa Iglesia, se condenaría al infierno. Por otra parte, la Iglesia misma era la autora del concepto de autoridad doble, dos espadas, la eclesiástica y la secular, la espiritual y la temporal. Y, sin embargo, según las definiciones de la propia Iglesia, era secular mucho de lo que los tribunales eclesiásticos reclamaban como perteneciente a su jurisdicción. Como lo indica Maitland, expresiones como "causas maritales" cubrían no sólo cuestiones espirituales íntimas de las relaciones de familia, sino también cuestiones de relaciones de propiedad que a menudo tenían mucho que ver con el orden económico y político del cual era responsable la Corona.

Y luego —aparte del concepto y la teoría— había en juego cuestiones de poder. La Iglesia, carente de ejército propio, dependía del brazo secular para poner en vigor sus deseos contra los recalcitrantes; además, por lo general, papas y arzobispos no eran nombrados al cargo sin el apoyo secular. Pero la Iglesia tenía un cuerpo político poderoso, aunque desarmado: el clero, que podía aplicar algunas graves sanciones espirituales, como la excomunión y el interdicto.

Excomunión significaba privación del derecho de recibir los sacramentos (incluso los últimos ritos y, por consiguiente, un entierro cristiano) y, en casos extremos, expulsión completa de la Iglesia, con anatema (un ostracismo virtual). El interdicto era una suspensión parcial o total de los servicios públicos y los sacramentos; podía extenderse a una o más personas, o a toda una localidad o un reino. En 1208, el papa Inocencio III fulminó interdicto contra toda Inglaterra y excomulgó al rey Juan, amenazándolo con deponerlo y ceder su corona a Felipe *Augusto* de Francia, porque Juan se había negado a aceptar al candidato del papa como arzobispo de Cantorbery. "Inglaterra gimió bajo el interdicto." Las Iglesias permanecieron cerradas durante años. El rey Juan contraatacó colocando a

sus propios hombres en puestos clericales, pero acabó por someterse; en realidad, entregó Inglaterra al papa y la recibió de vuelta como feudo, pronunciando voto de vasallaje y aceptando enviar un tributo anual a Roma. En 1215 el rey Juan, en la primera cláusula de la Carta Magna, declaró *quod ecclesia Anglicana libera sit* —"que la Iglesia anglicana es libre"—, lo que significaba, desde luego, libre bajo el papado, de todo dominio de reyes o barones. Así, dada la enconada rivalidad entre poderes armados con armas teóricas y prácticas, debió de ser muy anhelada una resolución por medios legales, sobre todo porque ambas partes tenían en mucho el papel del derecho para resolver los conflictos y, además, aquel conflicto en particular era legal, por cuestión de jurisdicción.

Con respecto a los clérigos acusados de delitos graves (felonías), en Inglaterra la cuestión parece haberse resuelto después del martirio de Becket: fue excluida la jurisdicción secular aun para castigar, ya no digamos para juzgar. No obstante, con el tiempo los tribunales del rey adoptaron el recurso procesal de juzgar a la persona antes de informarse de su condición clerical, y sólo entonces, si quedaba convicta, podía alegar beneficio del clero para ser entregada al tribunal eclesiástico. Además, la cuestión de la responsabilidad secular del clero por delitos menores a las felonías, y por delitos civiles, al parecer no fue planteada por Becket; sea como fuere, en Inglaterra persistió la jurisdicción secular sobre el clero. En Francia, por lo contrario, el clero quedó inmune a toda acusación secular por delitos menores, pero no por los más graves, como homicidio premeditado, mutilación, asalto en despoblado y reincidencia ("incorregibilidad"), y no por "casos reales", que incluían la traición y otros delitos contra el príncipe o contra la dignidad de sus funcionarios, así como delitos de seguridad pública, como celebrar asambleas prohibidas y enseñar idolatría, ateísmo y otras doctrinas proscritas. Esos "casos reales" caían dentro de la jurisdicción secular, sin importar que el delito hubiese sido cometido por un clérigo o por un laico.

En cuanto a otras cuestiones que aparecían en las Constituciones de Clarendon, Enrique II renunció a las cláusulas que eran "ofensivas" al papado, pero no se especificó cuáles de ellas caían en dicha categoría. De hecho, en el siglo XIII hubo un forcejeo entre la Corona y el clero antes de que quedaran más o menos precisados los límites entre las dos jurisdicciones.

Respecto a las cuestiones puramente eclesiásticas, la jurisdicción reclamada por Enrique II en las Constituciones de Clarendon nunca volvió a afirmarse hasta la Reforma inglesa del siglo XVI. Antes de Enrique VIII, el rey no obtuvo jurisdicción de apelación sobre las decisiones del tribunal del arzobispo (artículo 8). También los clérigos insistieron en su derecho de salir del reino sin autorización del rey (artículo 4), aunque, de hecho, él a menudo lo restringiera. El rey conservó el derecho de consulta antes de que se excomulgara a alguno de sus funcionarios (artículo 7), pero ahí, el papa predominó, pues podía excomulgar al propio rey.

Con respecto a las causas maritales y testamentarias —que no aparecían en las Constituciones de Clarendon— los tribunales eclesiásticos tenían, en Inglaterra, jurisdicción casi exclusiva. Sin embargo, no podían legarse a voluntad "propiedades reales" (tierras), y en el siglo XIII los tribunales del rey pudieron arrogarse jurisdicción exclusiva sobre todos los bienes inmobiliarios.

Con respecto a las disputas entre clérigos por presentación a las Iglesias (artículo 1) y disputas entre laicos por deudas contraídas de palabra (artículo 15), tanto los tribunales eclesiásticos como los tribunales reales afirmaron sus respectivas jurisdicciones. En ambos tipos de disputas los tribunales eclesiásticos ejercieron una muy considerable jurisdicción voluntaria.

Una comparación de los límites entre la jurisdicción eclesiástica y la secular en Inglaterra y en Francia nos revela que la Iglesia ocupaba una posición menos privilegiada en Francia que en Inglaterra. *1)* Respecto a las causas matrimoniales, los juristas seculares en Francia distinguían entre el contrato de matrimonio civil y el sacramento del matrimonio; las disputas por el primero debían resolverlas los tribunales seculares (por ejemplo, disputas sobre si ambos cónyuges habían consentido libremente en casarse). *2)* Las causas testamentarias en Francia estaban sometidas a las jurisdicciones competitivas de los tribunales eclesiásticos y seculares en los siglos XII y XIII, y en adelante cayeron en la jurisdicción exclusiva de los seculares. *3)* Con respecto a los beneficios del clero en Francia, en los siglos XIV y XV se estableció una distinción entre derechos de posesión, que había de determinar el tribunal del rey, y derechos de propiedad, que caían dentro de la jurisdicción eclesiástica. En Inglaterra, los tribunales reales consideraron que los *advowsons* (derechos de presentación) eran una especie de propiedad inmobiliaria y, por tanto, caían dentro de su jurisdicción exclusiva, pero los tribunales eclesiásticos a veces lograron refutar esta opinión. *4)* En Inglaterra, pero no en Francia, la recuperación de diezmos, impuestos eclesiásticos e impuestos para la mejora de iglesias y atrios caía dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales eclesiásticos, así como la administración de obras pías y de ingresos entregados a prelados o casas de religión; es decir, hasta que el canciller inglés extendió su jurisdicción en los siglos XIV y XV para incluir las transferencias hechas "para uso" de otro. *5)* Sólo en cuestiones de violación de promesas hechas por juramento (perjurio) sobrepasaba la jurisdicción eclesiástica francesa a la inglesa; al parecer, en Francia estas cuestiones no fueron reclamadas por la autoridad secular. Por último, *6)* la jurisdicción penal de los tribunales reales franceses por delitos "ideológicos" era considerablemente más extensa que la de los tribunales reales ingleses.

Los decretos de prohibición

El ámbito del conflicto entre los tribunales reales y los eclesiásticos en Inglaterra quedó definido por el recurso legal del decreto de prohibición. Éste consistía en una orden emitida por el canciller en nombre del rey prohibiendo a un tribunal eclesiástico tomar conocimiento de un caso particular, pues la competencia de la Iglesia para juzgar el asunto en cuestión había sido rechazada por el acusado. Entonces, el tribunal eclesiástico debía abandonar el caso, o bien consultar a los jueces del rey. Si después de la consulta los jueces del rey determinaban que el caso correspondía legalmente al tribunal eclesiástico, lo autorizarían —por un "decreto de consulta"— a proceder, pese a la prohibición anterior. Si el tribunal eclesiástico insistía en entender del caso pese a la prohibición, o pese al resultado desfavorable de la consulta, el tribunal del rey emitiría un escrito de apego *(attachment)*, instruyendo al alguacil mayor a presentar a los jueces eclesiásticos ante el rey o sus jueces, "para mostrar por qué hacen un juicio en un tribunal cristiano... contra nuestra prohibición".

Una prohibición real podía ser un arma poderosa, y en ocasiones se la empleó con gran efecto para moderar a los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, en su mayor parte, era compleja y rígida, relativamente difícil de obtener y no muy difícil de evadir.

En el tribunal eclesiástico era el acusado el que había de tomar la iniciativa. Si ambas partes consentían en la jurisdicción eclesiástica, el tribunal real no intervenía. Esto equivalía, sin duda, a una enorme concesión real en la lucha entre los dos sistemas de tribunales.[14] Significaba que casi todas las disputas entre clérigos quedaban al margen de la jurisdicción secular. También significaba que los laicos que habían convenido en excluir la jurisdicción secular no podían obtener un decreto de prohibición, aunque los tribunales reales interpretaran estrictamente dichas estipulaciones contractuales.[15]

Para obtener un decreto de prohibición, el acusado en la acción eclesiástica debía alegar que lo habían citado para comparecer ante tales y tales jueces eclesiásticos como acusado en un alegato de que cierta parte (daba su nombre) lo había demandado con respecto a un tipo particular de asunto que caía dentro de la jurisdicción de los tribunales reales. Eran típicas las disputas por propiedades inmuebles, aparte de lugares de la Iglesia, atrios y cementerios ("derechos laicos"), disputas por el derecho de patronato a cargos eclesiásticos *(advowson,* presentación), disputas por bienes inmuebles y deudas, salvo las que se derivaban de matrimonio o testamento, las que pertenecían a la Iglesia, como los diezmos y las ofrendas, y bienes arrebatados a un clérigo; las disputas por allanamientos por clérigos, y afirmaciones difamatorias hechas en relación con casos ventilados

En general, los tribunales reales otorgaban un decreto de prohibición por simple alegato del acusado en el caso eclesiástico, siempre que el alegato pareciera suficiente. Empero, si después resultaba que la cuestión en disputa era de diferente carácter del que aparecía en el decreto de prohibición, la prohibición no entraría en vigor y, en realidad, los jueces reales podían multar al acusado por hacer afirmaciones falsas.

El acusado había de cumplir con el decreto ante los jueces eclesiásticos y ante el quejoso. Habían de comparecer ante los jueces del rey para defender la jurisdicción eclesiástica. El propósito del decreto, como lo señala G. B. Flahiff, era

> hacer públicas y prevalecientes dos importantes reclamaciones del rey: primero, que sólo él y su tribunal tenían jurisdicción en las cuestiones nombradas en los diversos decretos de prohibición: derecho laico, *advowson* [presentación], bienes de laicos, etc.; segundo, que sólo la autoridad real tenía el derecho de determinar la jurisdicción que era competente en casos dudosos.[16]

La cuestión concernía a la competencia de un tribunal para determinar su propia competencia.

A pesar de todo, también los tribunales eclesiásticos se arrogaban una competencia similar. En 1147, el papa Eugenio III ordenó que los "obispos, abades, arzobispos y otros prelados de las iglesias no deben someter transacciones eclesiásticas al juicio de los laicos, ni deben dejar de administrar la justicia eclesiástica por prohibición de laicos".[17] Los concilios de la Iglesia inglesa promulgaron decretos similares, afirmando además que el rey no tenía derecho de desconfiar de los jueces eclesiásticos, quienes sólo estaban cumpliendo con su deber al atender súplicas espirituales, aun en contra de una prohibición.

Al tribunal eclesiástico no le faltaban triquiñuelas prácticas para resistir a las prohibiciones. En primer lugar, el derecho canónico —en contraste con el derecho real inglés de la época— autorizaba al tribunal a oír testigos y a proceder a juzgar en ausencia del acusado, hasta en acciones personales. En segundo lugar, el acusado que no se presentara después de tres citatorios se exponía a la excomunión. Y tercero:

> Las autoridades espirituales pueden ir aún más lejos. No contentas con la excomunión y con pronunciar sentencia contra el acusado, a veces podían incoar nuevo juicio contra él y citarlo para que respondiera por la ofensa canónica de haber hecho que una acción eclesiástica fuese injustamente prohibida por el poder secular.[18]

Desde luego, el nuevo proceso también estaba sujeto al decreto de prohibición si el acusado deseaba llevar las cosas más adelante.

La excomunión por demandar a partir de un decreto de prohibición planteó la pregunta de si el poder secular cooperaría a dar validez a la excomunión. En los casos normales de excomunión, si el excomulgado no buscaba la absolución en un plazo de 40 días, el obispo podía informar de ello al rey, y el rey ordenaría al alguacil mayor que detuviera al pecador y lo tuviese en prisión hasta que se mostrara dispuesto a reconciliarse. Asimismo, los excomulgados no podían presentar demandas en el tribunal del rey. Flahiff nos ofrece algunos divertidos ejemplos de los subterfugios de que se valían los jueces eclesiásticos para procurarse la ayuda secular al aplicar las excomuniones impuestas por tratar de conseguir un decreto de prohibición;[19] pero en general las autoridades reales no daban por buena una excomunión dirigida contra su propia jurisdicción legítima.

En Inglaterra, los conflictos entre la Iglesia y la Corona por los decretos de prohibición se resolvieron hasta cierto punto en 1286 en el estatuto real, o decreto, *Circumspecte Agatis*. El rey, habiendo intentado vanamente limitar la jurisdicción de propiedad de los tribunales eclesiásticos sobre los laicos a los casos maritales y de testamentarías, por fin reconoció el derecho de estos tribunales a imponer castigos económicos por fornicación, adulterio y otros pecados mortales; exigir a los feligreses contribuir al mantenimiento de su iglesia y su cementerio, asistir a los procesos del rector de una iglesia contra sus feligreses por el pago de varios impuestos eclesiásticos consuetudinarios (mortuorios, oblaciones, diezmos); asistir a los procesos de un rector contra otro por diezmos, siempre que éstos no excedieran una cuarta parte del valor de la iglesia, lo que habría puesto en entredicho el derecho de patronato *(advowson)*, y conceder indemnizaciones en casos de violencia contra clérigos, difamación y perjurio, siempre que también se diera una corrección al pecado. Además, en los casos de difamación o violencia contra un clérigo, se estableció que si alguien que había sido sentenciado a castigo corporal por un tribunal eclesiástico deseara que le conmutasen la pena por un pago monetario, el tribunal podía acceder a este deseo sin verse sometido a una prohibición real.

En Francia, el lugar del decreto de prohibición fue ocupado por el *appel comme d'abus*. Éste permitía que a los tribunales seculares recurrieran no sólo las partes agraviadas, sino cualquier persona, laica o eclesiástica, y en tiempos ulteriores, también que recurrieran al rey para impedir el "abuso" de la jurisdicción eclesiástica. Parece haber sido considerablemente más eficaz para limitar esa jurisdicción que su equivalente inglés.

La jurisdicción de los tribunales eclesiásticos fue uno de los principales blancos de ataque durante cada una de las grandes revoluciones nacionales de Europa: la Reforma protestante de Alemania en el siglo XVI, la Revolución inglesa del siglo XVII, la francesa del XVIII y la rusa del XX. En el siglo XVI, en casi todos los países luteranos y calvinistas, los tribunales eclesiásticos fueron remplazados por consistorios o sínodos, cuya jurisdicción generalmente quedaba limitada a la disciplina de los ministros y de otros dignatarios de la Iglesia; y el Estado se encargó de casi toda la antigua jurisdicción eclesiástica sobre los laicos en asuntos penales y civiles. En In-

glaterra, por lo contrario, la Reforma se limitó a poner la autoridad papal en manos del rey, quien siguió conservando (y hasta ensanchó) la antigua jurisdicción eclesiástica. Sin embargo, en el siglo XVII la Revolución puritana y la Restauración transfirieron muchos asuntos civiles y penales de los tribunales de la Iglesia a los tribunales de derecho común (así como a la cancillería). Sin embargo, fue hasta el siglo XIX —a consecuencia de la enorme secularización introducida por la Revolución francesa— cuando Inglaterra, mediante una serie de estatutos, redujo la jurisdicción eclesiástica de la Iglesia anglicana a disciplinar al clero, disciplinar a los laicos por ciertos tipos de delitos sexuales y varios asuntos menores relacionados con los servicios del culto. También en los países católicos durante el siglo XIX se hizo la gradual aplicación de una ley de la Revolución francesa (septiembre de 1790), que había proclamado la supresión de todas las jurisdicciones eclesiásticas. Salvo en España y Portugal, la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos católicos sobre los laicos se volvió exclusivamente cuestión de conciencia, y sus decisiones no tenían consecuencias jurídicas temporales. En la práctica, estos tribunales en general confinaron su jurisdicción sobre los laicos a cuestiones de matrimonio, compromiso matrimonial y legitimidad de los hijos.

No cabe duda de que los historiadores seguirán difiriendo en su interpretación del conflicto entre Becket y Enrique. Sin embargo, acaso se logre un nuevo atisbo considerándolo como parte de la Revolución papal y de la formación de la tradición jurídica occidental.

Desde este punto de vista, lo más importante del conflicto fue la extraordinaria tensión entre la autoridad eclesiástica y la real, y la final resolución de esta tensión por medio de un acuerdo legal.

Al afirmar la jurisdicción eclesiástica sobre las causas espirituales, el partido papista en el siglo XII definió lo "espiritual" diciendo que incluía los contratos entre laicos en que había una profesión de fe, los delitos cometidos por clérigos y muchos otros asuntos que las autoridades seculares inevitablemente considerarían como esencialmente seculares. De manera similar, al afirmar la jurisdicción real sobre las causas seculares, los partidos reales de varios países definieron lo "secular" diciendo que incluía disputas entre obispos por el derecho de nombrar a clérigos para lucrativos cargos eclesiásticos, las apelaciones de decisiones de los tribunales arzobispales y otros asuntos que las autoridades eclesiásticas tenían que considerar esencialmente espirituales. Ambos bandos llegaron a convenir en que debía haber dos jurisdicciones distintas, eclesiástica la una, real la otra. En cambio, no pudieron ponerse de acuerdo sobre los límites que habría entre ellas. Si acaso, aceptaron que esos límites no debían ser fijados por la fuerza, sino por la ley.

Tanto Enrique como Becket atribuyeron gran importancia a la definición legal de los límites que había entre sus respectivas jurisdicciones.

Ambos comenzaron con la expectativa —por entonces compartida casi universalmente— de que podía encontrarse una solución legal al problema del gobierno eclesiástico contra el secular sobre las cuestiones en que ambos tenían poderosos conflictos de intereses. El hecho de que los hombres de Enrique recurrieran a la fuerza fue una afrenta a esas esperanzas. Dio por resultado un escándalo casi universal que, a su vez, obligó a la Corona inglesa a renunciar a sus pretensiones más extremas.

Desde luego, el tiempo estaba en favor de la expansión de la jurisdicción secular a expensas de la eclesiástica, tanto en Inglaterra como en cualquier lugar de Europa. Sin embargo, tales cambios en la balanza del poder habían de efectuarse en el marco de una competencia legal y un acuerdo.

La competencia entre los tribunales eclesiásticos y los seculares tuvo efectos duraderos sobre la tradición jurídica occidental. Las jurisdicciones plurales y los sistemas jurídicos plurales llegarían a ser característica de la legalidad en Occidente. Cuando Blackstone escribió que el derecho inglés del siglo XVIII consistía en derecho natural, derecho divino, derecho internacional, derecho eclesiástico, derecho romano, derecho mercantil, costumbres locales, derecho común inglés, ley estatutaria y equidad, aún le faltaron varias diferentes clases de tribunales que administraban esos distintos tipos de derecho —tribunales eclesiásticos, universitarios, del almirantazgo, tribunales de derecho común y tribunales de equidad—, aunque los tribunales del Parlamento y los de derecho común habían alcanzado para entonces la supremacía. Aun en los Estados Unidos de hoy queda una cierta competencia entre los tribunales federales y los estatales y, en cada bando, una competencia entre el derecho federal y el estatal. También se reconocen distinciones importantes entre el derecho internacional y el nacional, así como entre el derecho común inglés y la equidad. Aun cuando esos cuerpos de derecho sean aplicados por los mismos tribunales, la oportunidad de apelar de una ley contra otra aumenta la libertad de los ciudadanos.

Bajo la competencia de los tribunales eclesiásticos y reales de los siglos XII a XVI subyacía la limitación puesta a la jurisdicción de cada una: ni el papa ni el rey podían exigir la lealtad total de cada súbdito. Becket murió por el principio de que la jurisdicción real no era ilimitada (lo que el rey no negó), y que no correspondía exclusivamente a la autoridad secular decidir dónde habían de fijarse sus límites (sus asesinos sí negarían eso). Durante tres siglos y medio, decenas de miles de peregrinos de toda Europa fueron anualmente a Cantorbery a celebrar la integridad de aquel hombre que había defendido sus convicciones contra el rey.

Y cuando, con el tiempo, la Iglesia, en la mentalidad secular, se convirtió en una asociación dentro del Estado, en contraste con una asociación más allá y fuera del Estado, entonces las diversas jurisdicciones de cada país de Occidente fueron devoradas por la única jurisdicción nacional, y

co sistema jurídico nacional. Y, sin embargo, aún hoy queda algo de la herencia de Becket. En casi todos los países de Occidente no sólo hay un conflicto residual de jurisdicciones y de leyes, sino también una limitación constitucional al poder del Estado para controlar los valores espirituales. La actitud de Becket contra la afirmación de la autoridad real sobre el clero se reproduce en la resistencia contemporánea al control jurídico secular sobre las creencias y la moral. Aún quedan restricciones al poder de las legislaturas y los tribunales para intervenir en asuntos puramente religiosos y castigar actividades puramente morales. Aún hay dificultades para definir los límites legales de estos asuntos y actividades. Aún queda la creencia —o al menos quedaba, hasta hace poco— de que si los límites legales fijados por el Estado entran en conflicto con una ley superior, entonces hay un derecho —y un deber— de violarlos.

SEGUNDA PARTE

FORMACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS SECULARES

co sistema jurídico nacional. Y, sin embargo, aún hoy queda algo de la herencia de Becket. En casi todos los países de Occidente no sólo hay un conflicto residual de jurisdicciones y de leyes, sino también una limitación constitucional al poder del Estado para controlar los valores espirituales. La actitud de Becket contra la afirmación de la autoridad real sobre el clero se reproduce en la resistencia contemporánea al control jurídico secular sobre las creencias y la moral. Aún quedan restricciones al poder de las legislaturas y los tribunales para intervenir en asuntos puramente religiosos y castigar actividades puramente morales. Aún hay dificultades para definir los límites legales de estos asuntos y actividades. Aún queda la creencia —o al menos quedaba, hasta hace poco— de que si los límites legales fijados por el Estado entran en conflicto con una ley superior, entonces hay un derecho —y un deber— de violarlos.

SEGUNDA PARTE

FORMACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS SECULARES

co sistema jurídico nacional. Y, sin embargo, aún hoy queda algo de la herencia de Becket. En casi todos los países de Occidente no sólo hay un conflicto residual de jurisdicciones y de leyes, sino también una limitación constitucional al poder del Estado para controlar los valores espirituales. La actitud de Becket contra la afirmación de la autoridad real sobre el clero se reproduce en la resistencia contemporánea al control jurídico secular sobre las creencias y la moral. Aún quedan restricciones al poder de las legislaturas y los tribunales para intervenir en asuntos puramente religiosos y castigar actividades puramente morales. Aún hay dificultades para definir los límites legales de estos asuntos y actividades. Aún queda la creencia —o al menos quedaba, hasta hace poco— de que si los límites legales fijados por el Estado entran en conflicto con una ley superior, entonces hay un derecho —y un deber— de violarlos.

SEGUNDA PARTE

FORMACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS SECULARES

VIII. EL CONCEPTO DE DERECHO SECULAR

La Revolución papal hizo surgir por vez primera un Estado eclesiástico autónomo y un cuerpo de derecho eclesiástico separado y autónomo, el derecho canónico de la Iglesia. Al mismo tiempo hizo surgir por vez primera entidades políticas sin funciones eclesiásticas, y órdenes jurídicos no eclesiásticos. El partido papista dio los nombres de "temporal" y de "secular" a estas nuevas entidades políticas y a su derecho.

La reducción de la calidad sacra del gobierno secular quedó unida al concepto de que las entidades no eclesiásticas y sus órdenes legales eran muchos y diversos, y no uno solo. El nuevo derecho canónico era uno, así como la nueva entidad eclesiástica era una. Pero el derecho secular era múltiple, correspondiente a los diversos tipos de entidades seculares: imperial, real, feudal, señorial, mercantil, urbano. Estos nuevos tipos de entidades requerían nuevos modelos de derecho, aunque sólo fuera porque sus funciones religiosas, sus aspectos "espirituales", habían caído en manos de una organización separada e independiente que existía universalmente y cuya cabeza estaba en Roma.

El uso del término "espiritual" para caracterizar el derecho de la Iglesia pretendía significar una dimensión de santidad, que faltaba en el derecho temporal o mundano de los ámbitos no eclesiásticos. Sin embargo, el orden secular, que incluía el derecho secular, ya no era considerado *fundamentalmente* caótico o sin sentido. No estaba redimido, pero era redimible. Se le podía regenerar. El derecho secular, como el eclesiástico, fue considerado como un reflejo (así fuera imperfecto) del derecho natural y, en última instancia, del derecho divino. Quedaba sometido a la razón y la conciencia. Estaba arraigado en la revelación divina. De hecho, la división misma entre lo eclesiástico y lo secular presuponía la misión de la Iglesia de reformar el mundo y, por consiguiente, la misión de todos los cristianos (especialmente los que habían sido ordenados) de ayudar a hacer que el imperfecto derecho secular alcanzara su propósito último de justicia y verdad.

Suponíase que el derecho secular emularía al canónico. Todos los diversos sistemas jurídicos seculares —feudal, señorial, mercantil, urbano y real— adaptaron a sus propios usos muchas ideas y técnicas básicas del derecho canónico, aunque sólo fuera porque éste se hallaba más desarrollado y se le podía imitar. Tal cosa era inevitable, ya que en los siglos XII y XIII la mayoría de los juristas, jueces y otros asesores y funcionarios profesionales de las instituciones legales seculares eran clérigos y conocían el derecho canónico o estaban familiarizados, en general, con sus rasgos básicos. Al mismo tiempo, las autoridades seculares se opusieron a la intro-

misión de las eclesiásticas en su jurisdicción, y también por esa razón trataron de dar al derecho secular la cohesión y el refinamiento del canónico.

Cada uno de los diversos tipos de derecho secular que se desarrollaron en parte emulando al derecho canónico, en parte rivalizando con él, llegó a ser tratado —aunque en muy diversos grados— como sistema jurídico, es decir, como cuerpo de instituciones y conceptos legales integrado y que iba evolucionando orgánicamente. Sin embargo, en comparación con el derecho canónico, los nuevos sistemas jurídicos seculares estaban mucho menos directamente vinculados con los principales acontecimientos y movimientos políticos e intelectuales de la época, y mucho más directamente conectados con difusos cambios sociales y económicos. El derecho feudal y el señorial, en menor grado el mercantil y el urbano, y en otro aún menor el real, estaban más arraigados en la costumbre, y por ello surgieron más paulatinamente que el derecho canónico de la Iglesia. El nacimiento de la conciencia de clase de la nobleza feudal y la legalización de sus relaciones con los campesinos procedieron con mucha más lentitud y discreción que el desarrollo de la conciencia de clase del clero y la legalización de sus relaciones con las autoridades seculares. Además, el surgimiento de "instituciones", tales como los mercados comerciales y el autogobierno urbano, difirió en carácter del surgimiento de "instituciones" como las universidades y los tribunales eclesiásticos. Las diferencias tuvieron que ver, en parte, con la clase y el número de personas directamente afectadas. El derecho secular surgió "sobre la marcha". Era menos programático. En parte por esa razón su desarrollo fue mucho menos claramente marcado. Para cuando los juristas preparados en las universidades empezaron a "compendiar" el derecho feudal, el urbano o el real, éstos ya se encontraban vigentes.

En realidad, los primeros sistemas de derecho secular no *necesitaron* ser presentados en libros de texto, ni enseñados en cursos universitarios para ser aceptados como cuerpos de derecho integrados, en evolución y autónomos. Profundos libros sobre las diversas ramas del derecho secular ayudaron, desde luego, y no dejaron de aparecer, aunque nunca en la cantidad y la calidad de la bibliografía jurídica producida por los canonistas y los romanistas. Asimismo, los problemas que surgieron en los diversos tipos del derecho secular a menudo llegaban a los cursos universitarios de derecho, aunque ninguno de estos tipos de derecho alcanzara jamás la dignidad de ser enseñado como materia independiente en el *curriculum* de las universidades. En contraste, ese profundo conocimiento jurídico fue indispensable para la creación del sistema moderno de derecho canónico; sin libros de texto ni cursos era inimaginable, ya que para su práctica era esencial una teoría coherente de su materia, así como una profesión con preparación académica.

De esta manera, el concepto de derecho secular, como se desarrolló a

finales del siglo XI y durante el XII, fue un concepto de varios sistemas jurídicos nacientes, limitado cada uno en su alcance a tipos particulares de asuntos temporales, debidos a la costumbre, imperfectos y, sin embargo, divinamente guiados y sujetos a corrección a la luz de la razón y de la conciencia.

EL SURGIMIENTO DE NUEVAS TEORÍAS DE GOBIERNO Y DE DERECHO SECULARES

La tesis de este capítulo es que la moderna ciencia política occidental, incluyendo las actuales teorías occidentales del Estado y del derecho, está arraigada en la lucha entre las fuerzas opuestas de la Revolución papal. Esto va en contra de la opinión generalizada —y que aún se sostiene, pese a las pruebas en sentido contrario de la bibliografía especializada sobre los hechos de los siglos XI y XII— de que la moderna ciencia política de Occidente se originó, en primera instancia, en el pensamiento clásico griego, especialmente el de Platón y Aristóteles y, en segunda instancia, en el resurgimiento del pensamiento clásico griego durante el llamado Renacimiento, es decir, en los siglos XV y XVI, cuando (se dice) surgieron por primera vez Estados seculares.

Entre la Antigüedad y el siglo XV, según esta opinión convencional, el pensamiento político estuvo dominado por la teoría estoica y la patrística, modificada después por la teología medieval; y se cree que, tanto la teoría política estoico-medieval como la teología medieval estaban demasiado preocupadas por la doctrina cristiana para poder considerarlas "modernas". Desde luego, a finales del siglo XIII, especialmente con la primera traducción latina de la *Política* de Aristóteles (1260), hubo algunos presagios (se afirma) de la ciencia política moderna, aun cuando el pensamiento político siguiera siendo básicamente teológico y "escolástico". Sólo en el siglo siguiente surgieron unos cuantos escritores, hoy considerados como precursores importantes de las ideas y los métodos modernos de analizar la política. En particular, Marsilio de Padua (*c.* 1275-1342) subrayó el principio del consenso popular como base de todo gobierno legítimo, fuese secular o eclesiástico, y de allí sacó la conclusión de que el gobernante secular podría tener supremacía sobre la Iglesia (siendo el papado tan sólo un cargo eclesiástico ejecutivo, establecido por la comunidad). Sin embargo, por lo general se dice que el primer pensador político realmente moderno fue Nicolás Maquiavelo (1469-1527), a quien a menudo se atribuye no sólo haber inventado el término "Estado" para referirse a la entidad secular, sino también haber fundado la moderna ciencia de la política basado en la observación empírica y el análisis racional de las instituciones políticas.

La opinión tradicional afirma que no pudo desarrollarse ninguna teoría sistemática o ciencia del Estado antes de finales del siglo XV o el XVI,

porque entonces no existía un Estado propiamente dicho, en el sentido moderno, aunque algunos de sus atributos hubiesen aparecido a finales del siglo XIII y en el XIV. Se arguye, además, que el concepto mismo de Estado en el sentido moderno es ajeno a la "Edad Media", ya que es contrario a la existencia de la supremacía papal o sus pretensiones de supremacía sobre toda la cristiandad, contrario al sistema feudal de un poder político descentralizado y contrario a la idea cristiana de que el rey está sometido a Dios y al derecho natural.

A pesar de ello, hemos mostrado aquí que el primer Estado en Occidente fue el establecido *en la Iglesia* por el papado a finales del siglo XI y durante el XII. Desde luego, esto no refutará la objeción de que —por alguna razón no plenamente expuesta— la discusión debiera limitarse a los Estados seculares. Pero aun si se acepta esta limitación no es difícil encontrar ejemplos de modernos Estados seculares europeos que se formaron durante el clímax del poder papal, del régimen feudal y de la fe en la supremacía del derecho divino y el natural. El reino normando de Sicilia de Rogerio II (1112-1154), la Inglaterra de Enrique II (1154-1189), la Francia de Felipe *Augusto* (1180-1223), el Flandes del conde Felipe (1169-1191) y Suabia y Baviera en tiempos de Federico *Barbarroja* (1152-1190) serían algunos, así como muchas ciudades-Estados independientes, que tenían elaborados sistemas de derecho secular y de gobierno desde mediados del siglo XII: ciudades como Génova, Pisa, Friburgo, Colonia, Gante, Brujas y varias docenas más. Cada una de ellas era un Estado, en el sentido de una entidad territorial unificada e independiente, bajo la autoridad de un gobernante soberano, facultado para reunir ejércitos y entablar guerras, así como para hacer y aplicar leyes. Además, durante los siglos XII y XIII ciertas teorías de gobierno y de derecho seculares fueron desarrolladas por pensadores políticos y jurídicos para explicar y justificar la existencia de esos Estados.

JUAN DE SALISBURY, FUNDADOR DE LA CIENCIA POLÍTICA OCCIDENTAL

El primer tratado occidental sobre gobierno que dejó atrás los modelos estoico y patrístico fue el *Policraticus* de Juan de Salisbury, escrito en 1159,[1] que causó inmediata sensación por toda Europa. La mejor manera de mostrar su importancia es compararlo con una obra anterior, tal vez el último tratado importante preoccidental (es decir, premoderno) sobre el gobierno, el llamado *Anónimo normando* del año 1100.[2]

Escrito en el clímax de la Revolución papal, el *Anónimo normando* presentaba los argumentos en favor de la monarquía sacra y contra las pretensiones del partido papista. El autor sostenía que tanto el reino de Cristo como su sacerdocio habían sido directamente transferidos a los reyes mediante el sacramento de la coronación. Como vicario de Cristo, el propio rey es divino, y también es sacerdote de su pueblo. De hecho, puede

celebrar sacramentos; tras su coronación —de acuerdo con la tradición bizantina, franca y anglosajona— el emperador o el rey entraría en el santuario y presentaría el pan y el vino para su propia comunión.[3] El rey también es el propiciador y salvador de su pueblo; por tanto, puede perdonar los pecados.

Según el *Anónimo normando*, el sacerdocio de Cristo también fue transferido a todos los obispos por medio de San Pedro. El autor criticaba la usurpación papal del derecho de los obispos a gobernar los conventos dentro de sus propias diócesis. Sostuvo que la unicidad de Roma sólo estribaba en su antiguo poder político y militar; San Pedro no dio más distinción a Roma que a Jerusalén y Antioquía. También criticaba el legalismo de los canonistas: decía que el derecho canónico siempre debía ser interpretado con el espíritu del Nuevo Testamento. Defendía el matrimonio de los clérigos: no todos los sacerdotes están llamados al celibato. Defendía también el importante papel de los laicos en la Iglesia. Afirmaba que el sacramento del bautismo era fundamental a todos los demás, incluso el de la eucaristía. En todas estas cuestiones el *Anónimo normando* representaba al antiguo régimen, al orden prerrevolucionario que databa de los tiempos carolingios y aun anteriores.

El estilo del argumento ofrece especial interés. El *Anónimo normando* no era una moderada evaluación de los pros y contras de posiciones opuestas; en cambio, era una apasionada defensa, de carácter dogmático y profético. Fundamentaba su principal conclusión —la calidad de la monarquía centrada en Cristo— no en la experiencia práctica, sino en el simbolismo de las Escrituras; no en una lógica de fines y medios, sino en la liturgia; no en justificaciones y analogías legales, sino en la tradición eclesiástica.

Hasta un grado considerable, las cualidades estilísticas y el modo de análisis que se encuentran en el *Anónimo normando* armonizaban bien con la básica posición político-eclesiástica a la que su autor se adhería. Y, sin embargo, también podemos encontrar características estilísticas y metodológicas similares en muchos de los escritos polémicos del partido papista a finales del siglo XI y durante el XII. Sólo al terminar la gran lucha, y después de que ambos bandos tuvieron que entrar en componendas, surgió un nuevo estilo y un nuevo modo de análisis y, a la postre, una nueva ciencia de la naturaleza del gobierno. Los principios de la ciencia se encuentran en los escritos de los juristas —canonistas y romanistas— de finales del siglo XI y comienzos del XII. Sin embargo, el primer tratado sistemático fue el *Policraticus* de Juan de Salisbury, basado en escritos juristas anteriores pero que llegaba más lejos que ellos.

Desde luego, el *Policraticus* no fue escrito con el actual estilo de Occidente, ni aun con el estilo de un John Locke o un Thomas Hobbes. A Hobbes, quien atacó al escolasticismo en general, le habría agotado la paciencia, el carácter discursivo del análisis de Juan de Salisbury, la manera en que pasa de un tema a otro, su abundante uso de ejemplos bíblicos, sus

tendencias moralizadoras y, ante todo, sus evidentes incongruencias. Juan de Salisbury abraza muchas diferentes teorías del gobierno, a veces casi de paso. Y, además, le falta por completo la teoría predominante en siglos recientes de la política occidental: que (en términos de John Dickinson), "la comunidad puede organizarse para realizar sus propósitos comunes creando instituciones para reunir las ideas y armonizar los fines de sus miembros".[4]

No obstante, el *Policraticus* "revela, aun en combinación, cierto número de separadas corrientes de pensamiento, cuya ulterior disociación formaría las principales corrientes de la doctrina de oposición de muchos siglos sucesivos".[5] Antes de la Reforma, estas corrientes de pensamiento subsistieron principalmente en combinación; después se separaron, y fue esta disociación la que más distinguió el pensamiento político posterior a la Reforma del precedente. Así, cuando Salisbury dice que el título del gobernante se deriva directamente de Dios, está anticipándose a la teoría —del siglo XVI— del derecho divino de los reyes, mientras que su teoría patriarcal de la monarquía barruntaba ya el concepto de absolutismo personal (del siglo XVII); en su concepción de una ley superior que obliga al gobernante, se anticipó a la doctrina de la supremacía judicial planteada por sir Edward Coke; su doctrina de que, en la medida en que los hombres están libres de pecado y pueden vivir sólo por la gracia, no necesitan un gobierno, se anticipó (como lo observa Dickinson) al comunismo cristiano de ciertas sectas radicales de la Reforma protestante, así como a doctrinas modernas de anarquismo filosófico. Así, en el *Policraticus*, Salisbury "revela la masa más o menos confusa de ideas contradictorias en que [posteriores teorías políticas] estuvieron originalmente fincadas, y que sirvieron para limitarlas y corregirlas".[6] En ese sentido, a la primera lectura el libro puede parecer ecléctico y sincrético: una mezcla fascinante. Pero, estudiándolo más de cerca, es claro que lo confuso no eran las ideas de Salisbury; complejas y contradictorias eran las condiciones políticas de su época, y el mérito de Salisbury consistió en retratar la compleja estructura de esas condiciones políticas y en racionalizar sus contradicciones. Esto es lo que hace del *Policraticus* una obra científica y no sólo una obra utópica o programática. En contraste con el pensamiento político clásico, el cual consideraba que los diversos tipos de autoridad política (monarquía, aristocracia, democracia) eran alternativos, que se excluían unos a otros, el pensamiento político occidental —empezando con el de Juan de Salisbury— los vio coexistiendo en combinación mutua.

Durante más de un siglo, el *Policraticus* fue considerado por todo Occidente como la obra de mayor autoridad sobre la naturaleza del gobierno. Su supremacía nunca fue disputada, hasta que Tomás de Aquino, basándose en la *Política* de Aristóteles, publicó su libro *De la monarquía (De Regimine Principum)*.[7] Sin embargo, aun entonces se reconoció que Santo Tomás no sólo se había fundado en Aristóteles, sino también en Juan de Salisbury.

Aunque no se podía conseguir la *Política* en Occidente cuando escribió Salisbury, el *Policraticus* ofrece una gran dimensión aristotélica, debida en parte al profundo conocimiento del autor de aquellos escritos de Aristóteles que ya se habían traducido (algunos muy recientemente).[8] También muestra dimensiones no aristotélicas. Las influencias estoicas y patrísticas son poderosas, reforzadas por referencias al derecho natural, la justicia, la equidad y la razón tomadas de los libros de Justiniano. Además, el *Policraticus* debe mucho al Antiguo y el Nuevo Testamentos, así como a la historia de la Iglesia y del Imperio romano, del Imperio bizantino y del Imperio franco-germánico. Y, sin embargo, ninguna de estas fuentes o influencias fue decisiva. Lo decisivo fue el modo en que todas se unieron, y éste fue característico del pensamiento occidental después de la Revolución papal.

Hay que precisar este último punto, dada la tendencia de los historiadores a explicar lo nuevo por sus orígenes en el pasado... y así, a explicarlo todo, salvo su novedad. Algunos dicen que el pensamiento político medieval, incluso el de Juan de Salisbury, seguía básicamente la tradición de los estoicos y de los padres de la Iglesia, complementada por los juristas romanos; que Aristóteles ejerció poca o ninguna influencia hasta que aparecieron los escritos de Tomás de Aquino; y, que aun después, el aristotelismo no fue tomado muy en serio en la teoría *política*.[9] Otros, por el contrario, sostienen que todo el pensamiento medieval, incluso el pensamiento político, es la historia de la traducción de Aristóteles, y que la teoría política de Juan de Salisbury fue, en esencia, una aplicación de la lógica aristotélica a las realidades políticas de su época.[10] Otros más sostienen que la teoría del gobierno expresada en el *Policraticus* es esencialmente platónica.[11] Por último, se dice que el *Policraticus* no fue más que un nuevo desarrollo de la larga tradición de los escritos cristianos acerca de la relación del poder secular con la Iglesia, que se limitó a aplicar circunstancias nuevas a la doctrina de las "dos espadas" atribuida al papa Gelasio I, quien en el siglo V había pedido al emperador Anastasio que se limitara a ejercer el poder real y dejara el ejercicio de la autoridad sacra a los sacerdotes.[12]

Y, sin embargo, también se dice que el *Policraticus* de Juan de Salisbury fue algo nuevo, que "contiene la primera teoría política que rompe con las concepciones de la Alta Edad Media, conduciendo a una época en que la discusión de los derechos y los deberes de los príncipes ocupa el lugar de la antigua teoría de las dos espadas".[13]

Lo nuevo del *Policraticus* era, en primer lugar, el esfuerzo del autor por reunir, indiscriminadamente, teorías, textos y ejemplos de las fuentes más diversas y contradictorias: Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca, Virgilio, Ovidio, el Antiguo Testamento, el Nuevo Testamento, los padres de la Iglesia, los juristas romanos de los textos de Justiniano, glosados por los contemporáneos del propio Juan de Salisbury, los canonistas y otros, y por

tratar de sintetizarlos a todos. En cierto sentido, todos ellos hacían autoridad; pero en otro, cada cual estaba expuesto a críticas a la luz de los demás. Ésta fue la primera aplicación a la política del método (después llamado "escolástico") que ya había sido aplicado —y mucho más rigurosamente— al derecho romano por Irnerio y sus sucesores, a la teología por Abelardo (que había dado clases a Juan de Salisbury) y al derecho canónico por Graciano (con cuyo *Decretum* estaba familiarizado el autor del *Policraticus*).

En segundo lugar, además del esfuerzo por sintetizar, Juan descubrió un método de lograr en realidad la síntesis mediante el uso de conceptos que combinaban normas contradictorias abstrayéndoles sus cualidades comunes. Tal vez el ejemplo más importante de esto sea el empleo del término latino *princeps* ("el príncipe"), no para referirse a un gobernante particular y a un cargo particular, sino a cualquier gobernante, es decir, a los gobernantes en general. En los escritos romanos clásicos y posclásicos se había hablado del príncipe para referirse al emperador romano. No cualquier gobernante, y ni siquiera más de un gobernante, sino sólo el que ocupaba el cargo de emperador era el príncipe. En siglos ulteriores, el título fue usurpado por el emperador franco, y después aun por otros reyes, y finalmente por el papado, pero siempre se empleó para referirse a una persona o un solo cargo; en otras palabras, *princeps* significaba el gobernante supremo, o el cargo del gobernante supremo de una entidad particular. Por ello, en la lucha entre el papado y el emperador fue importante que cada bando se apropiara el título de *princeps* y los textos de derecho romano que lo acompañaban. Además, la entidad del *princeps* antes de la Revolución papal no era considerada de carácter territorial, sino, como lo ha dicho Gerhart Ladner, funcional.[14] Es decir, sus poderes y deberes se examinaban a la luz de la relación de un señor con sus vasallos, o de un amo para sus siervos, o de un sacerdote para con su grey —o de Cristo para con sus seguidores—, sin considerar siquiera el carácter de la entidad como comunidad de personas ubicadas en un territorio dado, un país dado. Por contraste, Juan de Salisbury se propuso analizar el tema general de las relaciones políticas y legales entre un gobernante y sus súbditos en un sistema territorial. El príncipe podía ser emperador, rey, duque o conde, o algún otro gobernante. Los súbditos del príncipe formaban una *res publica* (una "república" o "comunidad") en el territorio que él gobernaba. Por ello, en el *Policraticus* el término príncipe significa algo muy similar pero no idéntico a lo que escritores de siglos posteriores llamaron el Estado. Significaba "una forma de poder público... que constituía la autoridad política suprema dentro de un cierto territorio definido".[15] De hecho, en el *Policraticus*, el príncipe queda expresamente definido como el "poder público".[16] Lo que no significaba, en contraste con lo que el Estado llegó a significar en el siglo XVI, era "una forma de poder público *separada del gobernante y de los gobernados*".[17] En el *Policraticus*, el *princeps* era un concepto general, pero aún no llegaba a ser un concepto abstracto: el

príncipe como poder público aún era considerado la "cabeza", cuya tarea era mantener al "estado" *(status)* de la *res publica,* visto como el "cuerpo". El significativo cambio lingüístico del siglo XVI consistió en identificar este "estado de la comunidad", que hasta entonces el gobernante había tenido el deber de dirigir y de atender, con la autoridad política suprema, la forma del propio poder público.[18]

Habiendo convertido el término príncipe en un concepto general, Juan de Salisbury pudo crear toda una teoría de gobierno basada en una distinción entre dos tipos generales de príncipes, contradictorios entre sí aunque cada uno fuese una especie del mismo género. Los príncipes del primer tipo gobernaban de acuerdo con el derecho, la justicia y el "principio del bien común". Los príncipes del segundo tipo gobernaban por la fuerza, y sólo servían a sus fines perversos. Eran "tiranos... [por quienes] las leyes son reducidas a nada y el pueblo queda reducido a la esclavitud".[19]

Puede encontrarse una distinción similar entre el rey respetuoso de la ley y el tirano en los escritos de los padres de la Iglesia y en el antiguo pensamiento político griego. Pero la teoría de Juan de Salisbury fue mucho más compleja que las anteriores, ya que aceptó —y sacó conclusiones de— la unidad y a la vez la naturaleza contradictoria de los dos tipos de gobierno. Como el rey respetuoso de la ley, también el tirano ha recibido de Dios el poder, ya que "todo el poder viene del Señor Dios". Cuando la voluntad del gobernante "se convierte en crueldad contra sus súbditos... es la autorización de Dios, por Su deseo de castigarlos o unirlos... pues los hombres buenos miran así el poder como algo digno de veneración, aun cuando caiga como una plaga sobre el elegido".[20] Hay que obedecer las leyes del tirano. Aun si son leyes malas, la voluntad de Dios se realizará por medio de ellas. Dios "usa nuestro mal para Sus buenos propósitos. Por tanto, hasta el gobierno del tirano es bueno, aunque no haya nada peor que la tiranía".[21]

Pero este argumento, más o menos tradicional, fue cambiando gradualmente. Se dijo que un gobernante malo, al igual que un pueblo malo, no puede escapar del juicio de Dios; si su pueblo es paciente, y si abandona su propia maldad, al fin la voluntad de Dios lo librará del opresor. La historia de la opresión muestra que por lo general los gobernantes malos reciben su castigo. Pero, más que eso, si el tirano ordena a un súbdito actuar en contra de su fe, el súbdito debe desobedecer. "Algunas cosas son... tan detestables, que ninguna orden podría justificarlas o hacerlas permisibles".[22] Por ejemplo, si un comandante militar ordena a un soldado que reniegue de Dios, o que cometa adulterio, el soldado deberá negarse.[23] Y, en términos más generales, "si [el príncipe] se resiste y se opone a los mandamientos divinos, y quiere hacerme compartir su guerra contra Dios, entonces, sin ambages, yo deberé contestarle que debo preferir a Dios sobre cualquier hombre de la tierra".[24]

De esta manera, el lector se encuentra ante dos normas contradictorias:

hay que obedecer la ley del tirano, pues el tirano gobierna por la voluntad de Dios; y, sin embargo, hay que desobedecer las leyes del tirano cuando entran en conflicto con las leyes de Dios. Al principio, la segunda norma parece una excepción de la primera, sólo aplicable en caso de órdenes malísimas. Y, sin embargo, la tiranía misma puede entrar en conflicto con las leyes de Dios. Y las contradicciones van aumentando más y más. A la postre, el lector se encuentra ante la sorprendente conclusión de que una persona puede tener un derecho y hasta un deber no sólo de desobedecer a un tirano, sino aun de matarlo: el famoso derecho y deber del tiranicidio que Juan de Salisbury fue el primer autor occidental en elaborar como doctrina y en defender con argumentos razonables. Empieza por la resistencia pasiva: "Si los príncipes se han apartado poco a poco del camino recto, ni aun así es bueno derrocarlos definitivamente y de una vez por todas, sino, antes bien, rechazar la injusticia con paciente reproche, hasta que, por último, sea obvio que se han encallecido en el mal".[25] Sin embargo, en último análisis, cada quien tiene el deber de aplicar la ley matando a un tirano que se ha colocado a sí mismo fuera de la ley:

> Matar a un tirano no sólo es lícito, sino recto y justo. Pues todo el que toma la espada merece morir por la espada. Y se entiende por el que toma la espada todo aquel que la usurpa por su propia temeridad y que no recibe de Dios el poder de usarla. Entonces, la ley, justamente, toma las armas contra el que desarma las leyes, y estalla la furia del poder público contra el que se esfuerza por anular la fuerza pública. Y aunque hay muchos actos que equivalen a la *lèse majesté*, ninguno es un crimen más grave que el que va contra el propio cuerpo de la Justicia. Por consiguiente, la tiranía no sólo es un delito público, sino que, si pudiera haber tal cosa, sería un delito más que público. Y si en el crimen de *lèse majesté* se permite que todos los hombres sean acusadores, ¿cuánto más deberán serlo en el caso del crimen de subvertir las leyes que debieran gobernar aun a los emperadores? Ciertamente, nadie vengará a un enemigo público, sino que, antes bien, todo el que no trate de someterlo a castigo comete un delito contra sí mismo y contra todo el cuerpo de la comunidad terrenal.[26]

El que Juan aceptara la unidad fundamental de dos normas contradictorias —el gobierno por ley y el gobierno por la fuerza, atribuidos ambos a la voluntad divina— sirvió de base a teorías ulteriores de la ciencia política occidental. La complejidad y la modernidad de tales teorías se vieron con mayor relieve por el hecho de que las normas contradictorias que Juan postuló correspondían a las contradictorias realidades políticas de su época. Y, sin embargo, Juan nunca identificó específicamente esas realidades políticas, y ni siquiera se refirió a ellas. Pese al hecho —o más probablemente, a causa de él— de que conociera muy de cerca a las figuras más importantes de su época, incluso papas y antipapas, reyes y tiranos, Juan evitó dar nombres, y dejó a sus lectores el trabajo de aplicar su análisis a los héroes y los villanos de aquellos días. Sin duda, habría sido políticamente peligroso hacer lo contrario. También habría sido una desviación de su propósito principal, que era explorar los dilemas teóricos básicos del poder y la justicia a los que se enfrentaban los Estados seculares que por entonces estaban surgiendo. Pero, ¿cómo era posible analizar con realismo las normas políticas y constitucionales sin ofrecer como ejemplos casos reales?

Esta pregunta se resolvió en el *Policraticus* de una manera característica del nuevo método científico del siglo XII. Se ofrecieron muchos casos reales, pero todos ellos fueron tomados de la historia de la Antigüedad griega y romana, del Antiguo Testamento, de la historia del Imperio romano, etc. Sin embargo, los problemas que determinaron la selección de estos ejemplos no eran los problemas que tanto habían preocupado a los antiguos griegos y romanos, los hebreos y otros predecesores de Juan y de sus contemporáneos. Eran los problemas políticos subyacentes en el siglo XII, que se discutían en las universidades, en la curia papal y en los centros de la vida política y cultural en Inglaterra, Normandía, la Italia meridional, Lombardía, Sajonia, Suabia, Francia, Flandes, Hungría, Polonia, España y otros lugares de Europa. Desde luego, se encontraron los muchos casos —las situaciones fácticas que eran analizadas, a veces muy extensamente— en los antecedentes literarios de civilizaciones anteriores. Pero esto no era tan insatisfactorio como al principio pudiera parecer. Se introdujo una cualidad empírico-inductiva, una preocupación por la experiencia real, una casuística, aun cuando los casos estuviesen cubiertos con atuendos bíblicos, grecorromanos u otros de tiempos antiguos. El resultado fue un libro que no era el retrato de una utopía o una república ideal, por una parte, ni una crónica de décadas de decadencia, por la otra, aunque contuviera ciertos elementos de ambos. La mezcla de cualidades empírico-inductivas y ético-normativas constituyó, de hecho, una tercera innovación de estilo y de método introducida por el *Policraticus*.

Un ejemplo del modo en que se combinaron el método ético-normativo y el empírico-deductivo en el *Policraticus* es el trato dado al problema fundamental de la selección de un nuevo príncipe cuando el trono queda vacante. En términos generales, las tradiciones tribal, feudal e imperial habían subrayado dos principios básicos de la sucesión: la herencia y la elección. La solución ideal era que los principales de un reino eligieran al primogénito del gobernante fallecido. Sin embargo, cuando el primogénito no encontraba apoyo suficiente entre los principales surgían dificultades. Algunos podían favorecer a otro hijo o a un hermano o primo u otro pariente del finado. Cuanto más directa fuese la relación con el rey finado por sangre o matrimonio, más fácil sería que un candidato obtuviese el apoyo de quienes tenían la facultad de elegir, a menos que hubiese un levantamiento contra toda la dinastía.

Antes de la Revolución papal, el papel de los jefes eclesiásticos en la elección de un sucesor no había sido esencialmente distinto del papel de los

magnates laicos. El obispo y otros clérigos importantes eran, a la vez, consejeros imperiales y reales, señores feudales y hasta figuras dinásticas o de clan. Con la centralización del control clerical en manos del papado, en cambio, y con la separación de la autoridad eclesiástica y la secular, la Iglesia empezó a desempeñar un papel distinto e independiente al influir sobre las elecciones reales. De este modo vino a añadirse un nuevo factor para complicar aún más la incertidumbre que a menudo rodeaba a una sucesión.

En el año 1159, cuando Juan de Salisbury escribió el *Policraticus*, en la Inglaterra normanda una nueva dinastía acababa de ser fundada por un monarca poderoso, muy interesado en asegurar la sucesión de sus descendientes. (En el año 1170, Enrique II hizo coronar por adelantado a su primogénito, Enrique, y en 1172 volvió a coronarlo junto con su esposa.) Juan estaba perfectamente familiarizado con similares tendencias por fortalecer el principio hereditario en otros Estados, incluso la Sicilia normanda (en la Italia meridional) y la Francia capeta. También conocía los problemas relacionados con la elección del emperador, surgida de un sistema que había estado desarrollándose en especial desde 1125 y por el cual la sucesión imperial era determinada principalmente por el voto de cierto número de los príncipes de varios ducados (sobre todo, alemanes); con el tiempo, el número de "electores" fue fijado en siete, entre ellos tres arzobispos, los de Maguncia, Colonia y Tréveris. Sin embargo, la elección solía ser poderosamente influida en favor de la dinastía imperial reinante; de hecho, la corona imperial solía recaer en el primogénito o en algún otro pariente cercano del emperador difunto.

En el siglo XII y después, los abogados —romanistas y canonistas por igual— tuvieron mucho que decir sobre estas cosas. Solieron analizarlas en función de una gran variedad de lineamientos muy estrictos, como las reglas de la sucesión hereditaria por líneas varonil y femenil, la cuestión de la fuente del poder para elegir a un rey o a un emperador, la validez de los procedimientos electorales y el efecto de la excomunión papal sobre la legitimidad del gobernante. Tales cuestiones fueron discutidas por los juristas a la luz de varios textos que eran autoridad y doctrinas legales, de costumbres y decretos y de casos históricos reales.[27]

El *Policraticus* no profundizó en los aspectos legales del problema de la sucesión real. En cambio, intentó establecer una solución teórica del conflicto entre el principio de herencia y el principio de elección, y justificar la intervención eclesiástica. Los "casos" escogidos para ilustrar su teoría o apoyarla no fueron tomados de la historia de Europa. Hubo una discusión de la selección de Josué para suceder a Moisés: "Moisés reunió a toda la sinagoga con el fin de ser elegido en presencia del pueblo para que después nadie pudiera dudar de su título". Por otra parte, fue Dios mismo quien dijo a Moisés que nombrara gobernante a Josué. Comenta Juan: "Claramente podemos ver aquí que no hay aclamación del pueblo, no

existe argumento ni título fundado en lazos de sangre, no se toman en consideración las relaciones de familia".[28] Luego se menciona otro relato de la Biblia: las hijas de Salfaat se presentaron ante Moisés a reclamar la herencia de su padre. Su petición

> era justa, pues la herencia de tierras y bienes de un hombre debe quedar para sus parientes y, en lo posible, también su cargo público. Pero el gobierno del pueblo debe entregarse a aquel a quien Dios ha elegido, o sea, a un hombre que lleve en sí el espíritu de Dios [y que haya] caminado por los juicios del Señor.[29]

De este modo, Juan de Salisbury concluyó diciendo que para ser príncipe hay que haber sido elegido por Dios, lo que significa que hay que tener la aprobación de la autoridad eclesiástica. Como el príncipe está sometido a Dios, también está sometido al clero, "que representa a Dios en la tierra".[30] Es un "ministro del poder sacerdotal", que le ha entregado la espada temporal, "la espada de sangre", que el clero es demasiado puro para blandir directamente.[31]

No se negaba que la herencia fuera factor importante en la sucesión al poder del príncipe: "No es justo", declara Juan, "pasar, en favor de hombres nuevos, por encima de la sangre de los príncipes, quienes por la promesa divina y por el derecho de familia pueden ser sucedidos por sus propios hijos".[32] La elección también es un factor importante: Juan cita un célebre pasaje del Digesto de Justiniano que se refiere a la transmisión del poder del emperador por el pueblo romano, y sostiene que el príncipe queda como "representante" o "vicario" del pueblo.[33] Y, sin embargo, rechaza cada uno de estos principios como absoluto. La herencia crea una presunción al trono, que debe ser confirmada por elección, pero el sacerdocio —es decir, el papado— tiene una voz decisiva cuando va en interés absoluto de la Iglesia ejercerla. La teoría en que esto se basa es que el título real se deriva de Dios, *o bien* por herencia, *o bien* por elección, *o bien* por cualesquiera otros medios que Dios en cada caso elija aplicar.[34]

Este ejemplo ilustra la síntesis de opuestos que fue característica del pensamiento escolástico en el siglo XII. Más específicamente, ejemplifica la combinación del razonamiento ético-normativo con el empírico-inductivo. El aspecto ético-normativo es obvio: primero, el príncipe debe seguir los juicios de Dios y tratar de obedecer los mandamientos divinos; segundo, si el papa (encargado de la responsabilidad suprema al interpretar la voluntad divina) determina que un candidato al trono es hereje o cismático, o por alguna otra razón enemigo de la Iglesia, ese candidato será descalificado pese a los derechos que pudiera tener por virtud de herencia o de elección. El aspecto empírico e inductivo es menos obvio, pero allí está. En primer lugar, toda la exposición se dedica a las realidades que determinaban la sucesión a los tronos europeos desde el siglo XI: herencia, elección e intervención papal.[35] En segundo lugar, cuando Juan recurre a la

Biblia y a la literatura griega y romana en busca de ejemplos concretos da al *Policraticus* una vasta base empírica de la cual sacar sus conclusiones. Los casos europeos contemporáneos estaban demasiado cerca para poder analizarlos objetivamente en términos de una pura teoría política; sólo se les podría analizar objetivamente en términos de una teoría *legal*, porque allí los términos del análisis eran más estrechos y, a la postre, limitados por autoridades textuales. Los casos contemporáneos también eran excesivamente complicados; es decir, se sabía demasiado acerca de ellos y, por tanto, eran mucho más difíciles de simplificar. Los ejemplos de la Antigüedad eran, para Juan de Salisbury como para sus contemporáneos, como esos ejemplos tomados de otras culturas que hoy emplean los modernos teóricos de la política. Ofrecen una especie de contexto antropológico universal.

Directamente conectada con *1)* el esfuerzo por sintetizar normas opuestas, *2)* por el uso de conceptos generales, *3)* que correspondían a realidades empíricas, estuvo una cuarta innovación del método escolástico que Juan de Salisbury fue el primero en aplicar al estudio de las instituciones políticas seculares. Fue el esfuerzo por captar todo el tema que se estaba considerando como un solo conjunto, un sistema integrado y, característicamente, retratar el conjunto en términos orgánicos, como un cuerpo.

El *Policraticus* introdujo en el pensamiento europeo por vez primera una teoría orgánica del orden político secular: fue la primera obra europea que elaboró la metáfora de que cada principado, es decir, cada entidad territorial encabezada por un gobernante, es un cuerpo. El príncipe se compara con la cabeza, el senado con el corazón, los jueces y gobernantes de provincia con los ojos, los oídos y la lengua, los soldados con las manos, los trabajadores de la tierra con los pies. Se lleva tan lejos la analogía que se compara a los funcionarios de finanzas y guardianes del tesoro del rey con el estómago y los intestinos, "que, si se llegan a congestionar por excesiva avidez y retienen demasiado tenazmente su acumulación, generan innumerables e incurables enfermedades, de modo que, por su mal, todo el cuerpo se ve amenazado de destrucción".[36] Pueden encontrarse metáforas similares en el pensamiento político de la Antigüedad griega, y Juan de Salisbury conocía al menos el uso que les había dado Plutarco, y se basó en él; no obstante, la metáfora orgánica del *Policraticus* tiene rasgos distintivos. Esto nos recuerda la moderna teoría de sistemas con sus conceptos de flujos, subordinación y jerarquía, retroalimentación, controlador y programa.

La metáfora orgánica implica que el gobierno, es decir, el régimen político, es natural en el hombre. No es algo necesariamente impuesto por la fuerza a la sociedad ni se origina en un contrato o convención. Estas dos alternativas —la teoría de la coerción y la teoría contractual—, que habían sido elaboradas por los estoicos y los padres de la Iglesia, dominaron el pensamiento político occidental antes de los siglos XI y XII.[37] Ambas se basaban en una visión esencialmente estática de la naturaleza humana. El pensamiento estoico y patrístico postulaba que, en su origen, el hombre había vivido en un estado de virtud, en el paraíso o fuera de él, en Israel, con los patriarcas como Moisés y los Jueces. Sin embargo, por su carácter esencialmente pecador el hombre había abandonado el gobierno por la caridad o por una ley superior. Un gobierno monárquico coercitivo le había impuesto por la fuerza una regulación positiva; o bien, una lucha civil le había inducido a consentir, por una especie de contrato social, en un gobierno monárquico. Introducidos a la fuerza o por un trato, los controles políticos fueron considerados como la respuesta a la maldad del hombre, más que a su deseo fundamental de vivir en paz y armonía.

El concepto orgánico del régimen político y el concepto de su naturalidad, que se encuentran en el *Policraticus*, también son más afines al pensamiento aristotélico que al estoico o al patrístico. Aunque Juan de Salisbury no pudiese haber leído la *Política* de Aristóteles, sí compartió con el estagirita la idea de que la comunidad política está sujeta a la ley de la naturaleza, que es la razón; que la naturaleza o la razón exige que el rey gobierne de acuerdo con la justicia y la equidad. Esta opinión está explícita en el *Policraticus*. También está implícita en la metáfora del "cuerpo político".

La metáfora del cuerpo político apoyaba, asimismo, una visión territorial de la comunidad política. También esto era afín a los conceptos clásicos griegos de unidad orgánica y de división natural del trabajo entre gobernantes y gobernados. Tales conceptos cobraron mayor pertinencia cuando la sociedad occidental pasó rápidamente por los modos tribal, local, feudal y sacro-imperial de ordenamiento hasta llegar a ser entidades territoriales consolidadas, con gobiernos centrales bastante poderosos.

Y, sin embargo, sería erróneo suponer que los conceptos aristotélicos y otros conceptos griegos antiguos significaban lo mismo para Juan de Salisbury y sus contemporáneos que para los antiguos griegos. La principal premisa de la teoría política de Aristóteles, expresada en el primer párrafo de la *Política* —a saber, que el fin más elevado de la vida humana es el bien común de la comunidad política—[38] sólo fue aceptable para el pensamiento medieval cristiano por medio de una serie de reinterpretaciones que habrían parecido sumamente extrañas a Aristóteles. En el *Policraticus* se da por sentado que la comunidad política está subordinada a la salvación de las almas humanas, bajo el juicio de Dios. La "naturaleza" de Aristóteles es interpretada por Juan de Salisbury como instrumento de la voluntad divina, y la "razon" aristotélica como un modo de probar la revelación divina. Sólo con dificultades considerables y en un alto nivel de abstracción pueden reconciliarse estas opiniones con el pensamiento aristotélico. Más de un siglo después de Juan, Tomás de Aquino se esforzó por mostrar que el naturalismo secular y el naturalismo religioso —en la medida en que ambos se preocupan por la naturaleza *humana* y especialmente

por la naturaleza *moral* y *racional* del hombre, conducían a conclusiones similares desde distintos puntos de partida. Pero nunca se puede borrar la diferencia de los puntos de partida, y siempre retorna para dificultar el argumento.

Otro aspecto de la teoría de Juan de Salisbury no sólo era difícil de reconciliar con el pensamiento griego, sino totalmente adverso a éste: que Dios se manifiesta en dos comunidades opuestas en el mismo tiempo y lugar, y que cada cristiano vive en ambas: la comunidad gobernada por la autoridad temporal y la gobernada por el clero. Estas son dos comunidades políticas distintas. Y, sin embargo, la comunidad temporal —el príncipe y todos sus súbditos— también es miembro de la comunidad eclesiástica, de la Iglesia, y se encuentra bajo su autoridad. Además, la Iglesia, aunque con la calidad de comunidad espiritual que no es de este mundo, también tiene una dimensión política: también es un cuerpo gobernado por una cabeza, un príncipe (o sea, el papa) y, al buscar sus intereses espirituales, inevitablemente entra en asuntos temporales, es decir, seculares.

Vemos así que la clásica metáfora griega del cuerpo político, así como el concepto aristotélico de la fuente del gobierno que se encuentra en la naturaleza y la razón, fueron empleados por Juan de Salisbury en un marco histórico que no tenía nada de griego ni de aristotélico. La comunidad política, que para Aristóteles significaba toda la vida social del pueblo de un lugar determinado, fue dividida en dos cuerpos: el cuerpo de la Iglesia y el cuerpo de la entidad secular, fuese reino, ducado, ciudad o imperio. De hecho, los pensadores occidentales sólo pudieron concebir la comunidad secular como un cuerpo después de que la Revolución papal había dividido al Occidente en entidades eclesiásticas y seculares.[39] Antes, la comunidad política, encabezada por sacros emperadores y reyes, había estado sumamente mezclada con la Iglesia; ninguna de ellas era un cuerpo en el sentido griego, y ambas unidas, como comunidad cristiana, eran llamadas cuerpo en otro sentido místico: a saber, el cuerpo espiritual de Cristo. Por ello, para San Agustín, sacerdotes y obispos vivían en las dos mismas ciudades —la celestial y la terrenal— como otros santos y pecadores, y ninguna de las dos ciudades era una entidad política orgánica. Sólo con la división de la cristiandad occidental en entidad eclesiástica y entidad secular a finales del siglo XI y en el XII, la teoría orgánica griega fue aplicable por vez primera a la política occidental, pero sólo para la mitad de ella, la mitad secular.

De hecho, las circunstancias a las que los modos griegos de pensamiento fueron aplicados por Juan de Salisbury y otros autores de su época eran tan distintas de las circunstancias en que se habían originado esos modos de pensamiento, que resulta asombroso que Juan y los demás pudiesen aplicarlas. Juan se preocupó por explicar —y por alentar— una situación que Aristóteles habría encontrado completamente ajena: la coexistencia de cierto número de reinos, principados, territorios feudales, ciudades y otras

entidades seculares autónomas dentro de un Estado eclesiástico centralizado. El genio de Juan consistió en edificar una teoría —basada en elementos en parte aristotélicos, en parte estoicos y en parte de otros orígenes (romanos, hebreos, patrísticos, bizantinos, francos)— que interpretaba esa situación en términos normativos y a la vez en términos empíricos.

Teorías de los juristas romanos y canónicos

Juan de Salisbury fue poderosamente influido por los escritos de los juristas romanos y canónicos de su época, quienes también participaban en el mismo esfuerzo hercúleo por formular una teoría de gobierno y de derecho que, por una parte, correspondiera a las realidades de su época, pero que por la otra fijara límites al arbitrario ejercicio del poder por los gobernantes. Sin embargo, los juristas trabajaban más directamente que Juan, con textos que hacían autoridad y tendían a enfocar más de cerca las cuestiones que podían recibir una resolución práctica.

Los romanistas escogieron como campo de estudio el derecho romano clásico y posclásico contenido en las redescubiertas obras de Justiniano, enriquecido por nuevos conceptos derivados del derecho canónico y de los recién nacidos sistemas de derecho feudal, urbano y real, así como de la teología y la filosofía. Los propios textos romanos contienen pocas teorías políticas o jurídicas de cualquier índole. Lo poco que hay consiste en dispersas referencias a la razón, la justicia o la equidad y a las facultades del emperador y de los magistrados subordinados. En ocasiones, brevemente se discuten principios muy generales, como el principio de que "la justicia consiste en dar a cada quien lo suyo", o que "lo que complace al príncipe tiene fuerza de ley". Más a menudo, tan generales referencias están conectadas con reglas de ley específicas; por ejemplo, se cita a Cayo diciendo que la razón natural hace lícito que cada quien se defienda contra el ataque de un agresor. Quedaría reservado a los estudiosos de esos textos en los siglos XII y XIII —los glosadores— unirlos de tal manera que produjeran un sistema de conceptos generales con respecto a la ubicación, el carácter y los límites del poder político.

Los juristas canónicos de la época se dedicaron a esa misma tarea, pero restringiéndose menos a sus fuentes de autoridad. Aunque no dudaran en emplear los textos de Justiniano, para las cuestiones teóricas buscaron antes en otros lugares: los muchos cánones decretados por los concilios eclesiásticos en los siglos XII y XIII, los abundantes materiales legislativos y judiciales que por entonces procedían de la curia papal, el *ius antiquum* sistematizado por Graciano, los escritos de Abelardo, Pedro Lombardo y otros teólogos contemporáneos, los escritos de los padres de la Iglesia y el Antiguo y el Nuevo Testamentos. Los canonistas podían ser tan técnicos como los romanistas, y los romanistas tan filosóficos como los canonistas;

pero en general, los canonistas solían pintar con brocha más gorda que los romanistas. Asimismo, al analizar las relaciones de los poderes eclesiástico y secular, los canonistas tendían a apoyar las reclamaciones eclesiásticas más frecuentemente que los romanistas, aunque era raro encontrar unanimidad en cualquiera de los dos grupos sobre alguna cuestión discutible.

Un excelente ejemplo de la aplicación del derecho romano a la teoría política es el modo en que el más grande romanista de la época, Azo (1150-1230), desarrolló los textos del derecho romano concernientes a la *iurisdictio* y al *imperium* en un concepto de soberanía.[40]

El Digesto declara que "La *iurisdictio* es un cargo muy general, pues puede dar posesión de bienes y transferir posición, nombrar tutores para los huérfanos que no los tienen y asignar jueces a los litigantes". El derecho romano de Justiniano no se acercaría más a una definición de la *iurisdictio*. Otros textos ofrecen ejemplos de las condiciones en que existe la *iurisdictio*, y cierta indicación de por qué existe en esas condiciones. Por ejemplo, afirman que el que juzga una disputa entre dos partes sólo tiene *iurisdictio* si preside algún tribunal o tiene otra jurisdicción. En otras palabras, el acuerdo de partes privadas no crea *iurisdictio*. En otra cláusula se dice que un hombre que tiene *iurisdictio* no debe ejercerla sobre su familia o sus compañeros. Otro texto sostiene que un procónsul tiene *plenissima iurisdictio* ("completísima jurisdicción") y, por consiguiente, tiene en su provincia *maius imperium* ("el mayor dominio") para todos fines, superado sólo por el del emperador.[41]

El *imperium* ("dominio") tampoco queda definido en los libros de texto de Justiniano. Se ofrecen ejemplos de sus ejercicios en los que se ve que, a veces, los términos *imperio* e *iurisdictio* pueden emplearse intercambiablemente, y que a veces deben distinguirse entre sí. Se dice que el *imperium* es de tres clases: *1) maius imperium* ("el mayor dominio"), cuyo detentor puede pronunciar juicio definitivo en cualquier asunto sobre el que tenga *iurisdictio; 2) merum imperium* ("el solo dominio"), ejemplo del cual es la capacidad de imponer la pena de muerte en casos de delitos capitales, y *3) mixtum imperium* ("dominio mixto"), por ejemplo, el dominio que tiene jurisdicción en casos civiles. Se dice que toda *iurisdictio* incluye al menos una compulsión moderada. En cierto pasaje se equipara la jurisdicción penal capital con el dominio.[42]

Ante este cuadro bastante caótico, Azo, citando a su gran predecesor Irnerio (1060-1125), fundador de los estudios jurídicos romanistas, comenzó observando que las cláusulas pertinentes del Digesto no definen la *iurisdictio* y sólo ofrecen ejemplos de ella. Postuló entonces una definición que abarcara todos los ejemplos. La *iurisdictio*, afirmó, es el deber y el poder públicamente establecidos de pronunciar juicio y establecer justicia. Derivó su definición, en parte, de la etimología de la palabra: *ditio (dictio)*, sostuvo, significa poder *(potestas)* (es decir, el poder de expresión), e *ius, iuris*, significa derecho, "es decir, que *iurisdictio* es poder legítimo".[43]

Luego procedió Azo a clasificar de cuatro maneras los diversos usos de la *iurisdictio* en el derecho romano. Hizo aquí una triquiñuela con las fuentes, la que parece plenamente justificada si se supone que las fuentes echaron una base para el desarrollo de un sistema de conceptos generales y, más particularmente, para una teoría del poder político. La triquiñuela consistió en clasificar el *imperium* como una especie de *iurisdictio*. Por ello, la primera división que hace Azo de la *iurisdictio* es la de *plenissima* ("completísima") jurisdicción, que sólo radica en el príncipe, y jurisdicción *minus plena* ("menos completa"), que radica en los magistrados restantes; sin embargo, algunos magistrados tienen jurisdicción plenísima con respecto a otros magistrados inferiores a ellos. La segunda división que establece Azo es la de la jurisdicción voluntaria y la contenciosa. Su tercera división separa la jurisdicción general (jurisdicción "ordinaria") de la jurisdicción especial, como la de un legado a quien se confía un solo tipo de causa. Por último, Azo estableció como cuarta división de jurisdicción el imperio puro y el imperio mixto.

John Perrin ha dicho que "no se podría exagerar la importancia de esta [clasificación]... La *iurisdictio* no es la que corresponde a ambos, al *merum* y al *mixtum imperium*. Antes bien, estos elementos de mando, estos grados de *imperium*, son divisiones de la *iurisdictio*. En esencia, la *iurisdictio* los contiene".[44] Tres son las consecuencias inmediatas de esta clasificación.

En primer lugar, el "dominio puro", o sea el poder de la espada, el poder del castigo corporal, el poder de quitar la vida queda limitado, según la teoría de Azo, a quienes tienen jurisdicción, definida como el poder legítimo de pronunciar juicio y establecer la justicia. (Azo también extendió el dominio puro al procedimiento penal en general, incluyendo el interrogatorio de sospechosos, arguyendo que lo puro se refiere a cualquier causa en que no haya reclamaciones monetarias.)

En segundo lugar, en la clasificación de Azo está implícito que el derecho y la facultad del gobernante para legislar, que tiempo después fueron considerados como esencia de la soberanía, aparecen como aspectos de su derecho y facultad de adjudicar. En realidad, la subordinación del poder de la espada al poder de adjudicación sugiere un concepto de soberanía en que hasta el derecho y la facultad del gobernante para hacer la guerra se derivan de su derecho y facultad de pronunciar juicio y hacer justicia.

En tercer lugar, dado que el poder de la espada es una especie de jurisdicción, no necesariamente es cierto que sólo pueda ser ejercido por el magistrado con la más plena jurisdicción, a saber, el emperador. Azo sostuvo que también lo pueden ejercer magistrados que tengan una jurisdicción menos completa. En otras palabras, Azo distinguió el poder del emperador del de otros gobernantes, no sobre la base del *imperium*, sino de la *plenissima* y de la *minus plena iurisdictio*. El emperador tiene el dominio más grande y la jurisdicción más completa, pero también otros

magistrados pueden tener dominio puro, incluyendo el poder de la espada, y menos plena jurisdicción.

En el análisis de Azo se reconoce implícitamente que la jurisdicción y el dominio —la soberanía, como lo diría una generación ulterior— de reyes, príncipes, jefes de gobiernos municipales y otros magistrados no se derivan de la jurisdicción y el dominio del emperador. Tienen su propia jurisdicción y dominio, en menor cantidad, por decirlo así, pero, a pesar de todo, independientes del suyo. Esto se refleja analíticamente en la clasificación de diversas clases de *imperium,* que comprenden de una a cuatro divisiones dentro del género *iurisdictio,* separadas de la división *plenissima* y *minus plena.*

Tras esta nueva clasificación legal había, desde luego, una concepción fundamental de la fuente de la soberanía. Azo afirmó que todos los gobernantes tienen *imperium* porque tienen *iurisdictio,* el derecho de establecer la ley en sus Estados respectivos. Pero, ¿cuál fue la fuente de ese derecho de legislar? Azo respondió que la fuente estaba en el *corpus,* la *universitas,* la *communitas.* La jurisdicción no descendía del emperador, sino que ascendía de la comunidad corporativa.

La soberanía del derecho

La idea del Estado secular, que ya estaba implícita desde el comienzo de la Revolución papal, y la realidad del Estado secular, que brotó de la lucha histórica entre las fuerzas eclesiásticas y las seculares que constituyó esa Revolución, fueron, en esencia, la idea y la realidad de un Estado gobernado por el derecho, un "Estado de derecho" *(Rechtsstaat).*[45] Esto significó, primero, que las cabezas de cada cuerpo, el eclesiástico y el secular, introducirían y mantendrían sus propios sistemas legales, es decir, regularmente promulgarían leyes, establecerían sistemas judiciales, organizarían departamentos de gobierno y, en general, gobernarían *mediante* el derecho. En segundo lugar significó que dichas cabezas estarían sujetas a la ley que ellas mismas habían promulgado; podrían cambiarla legalmente, pero mientras no lo hicieran habrían de obedecerla. Debían gobernar *bajo* el derecho. (Esto se halló implícito en la subordinación del poder legislativo del soberano a su poder judicial.) Significó, en tercer lugar, que también cada jurisdicción estaría limitada por la ley de otras jurisdicciones en la medida que esa propia ley fuese legal. Cada Estado existía dentro de un sistema de jurisdicciones plurales. Este último significado abarcaba los otros dos. Y si la Iglesia había de tener derechos legales inviolables, el Estado había de aceptar esos derechos como limitación legítima a su propia supremacía. De manera similar, los derechos del Estado constituían una limitación legal a la supremacía de la Iglesia. Los dos poderes sólo podrían coexistir pacíficamente mediante un reconocimiento compartido de la soberanía del derecho, su supremacía sobre cada uno de ellos.

Las dificultades del concepto de soberanía del derecho sobre el Estado son, y siempre lo han sido, muy evidentes. ¿Cómo puede un príncipe tener *imperium* (o, como diríamos hoy, ¿cómo puede un Estado tener soberanía?) si su poder legítimo está subordinado a la voluntad de otros gobernantes soberanos? Tal es una "contradicción" de la más sutil índole escolástica. Y, algo aún de mayor importancia, ¿cómo se puede hablar de gobierno o de supremacía del derecho dentro de una entidad dada, cuando nadie ha sido autorizado a desafiar al principal funcionario de la entidad, sea el papa dentro de la Iglesia o el rey dentro del reino?

Graciano y sus sucesores dijeron que el papa tendría que ser depuesto si violaba la ley, pero no había nadie más alto que el papa, fuese para declarar con autoridad que había violado la ley o fuese para deponerlo. Y, de manera similar, juristas monárquicos como Bracton dijeron que el rey tenía el deber de obedecer la ley, que el rey está "debajo de Dios y de la ley", que no es el rey el que hace la ley, sino la ley la que hace al rey. Y, sin embargo, también dijeron que ningún juez puede impugnar los actos del rey, que ningún decreto puede ir contra el rey, que el rey "debe" obedecer a sus propias leyes, pero que no se le puede requerir legalmente a que lo haga.[46]

No obstante, el *Espejo sajón (Sachsenspiegel),* escrito a comienzos del siglo XIII por la misma época de Bracton, declaró que "un hombre debe resistir a su rey y su juez si hace el mal, y debe obstaculizarlo en todo lo que esté mal, aun si es su pariente o su señor feudal. Y con ello no quebranta su lealtad".[47] Asimismo, una célebre forma legal de Aragón sostenía que los súbditos obedecerán al rey sólo mientras éste cumpla con sus deberes, "y si no, no".[48]

El derecho y el deber de desobedecer al rey-autócrata de elección divina cuando violase el derecho fundamental se basaron en la creencia de que ese derecho fundamental había sido divinamente instituido. Papas y reyes hacen las leyes, pero lo hacen como vicarios de Dios; no son ellos, sino "Dios es la fuente de toda ley".

De este modo, el concepto de la soberanía del derecho contó con el apoyo de la ideología religiosa prevaleciente. También fue favorecido por la reinante debilidad política y económica de los gobernantes y por el pluralismo de autoridades y de jurisdicciones. Por último, el concepto de la soberanía del derecho encontró el apoyo del alto nivel de conciencia legal y refinamiento jurídico que llegó a prevalecer por todo Occidente en los siglos XII y XIII. Quedó bien entendido que la conservación de la legalidad no sólo requería abstractos principios de justicia, igualdad, conciencia y razón, sino también principios y reglas específicos, como los que quedaron encarnados en la Carta Magna inglesa de 1215 y en la Bula de Oro de Hungría de 1222. En muchos tipos de documentos como éste, incluso las cartas de libertades otorgadas a pueblos y ciudades por reyes y señores feudales, se especificaban varios derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

En la Carta Magna, los barones y la Iglesia arrancaron a la Corona el

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES · BIBLIOTECA

compromiso de que el rey no fijaría ningún impuesto ni ayuda más allá de las tres reconocidas ayudas feudales sin el consentimiento del "consejo general de nuestro reino" (es decir, los principales lugartenientes del rey), que las "quejas comunes... serán atendidas en algún lugar fijo", que "no se juzgará a un hombre por una acusación no confirmada por testigos de confianza", que "ningún hombre libre será detenido o aprisionado, o usurpados sus dominios, o proscrito o exiliado, o de algún otro modo anulado... salvo por el juicio legal de sus compañeros, o de la ley de la tierra", que "a nadie venderemos, a nadie le negaremos o aplazaremos el derecho o la justicia", que "los comerciantes tendrán salvoconducto para entrar y salir de Inglaterra, salvo en tiempos de guerra y a menos que los comerciantes sean del enemigo, caso en el cual ellos y sus bienes estarán a salvo si nuestros comerciantes son tratados de la misma manera", que "todos podrán libremente salir y entrar de Inglaterra, salvo en tiempo de guerra y excepto aquellos que hayan sido proscritos y quienes estén en guerra con nosotros", que "sólo los que conocen la ley serán nombrados jueces, gendarmes, alguaciles y capataces", y algunos otros compromisos similares.[49]

De manera semejante, en la Bula de Oro el rey Andrés II de Hungría aceptó limitaciones específicas al poder de la Corona en favor de los "nobles altos y bajos" (es decir, hombres libres), comprometiéndose a sí mismo y a sus sucesores a celebrar cortes en lugar y momento fijos cada año, no "apoderarse de ningún noble, no destruirlo en favor de ninguna persona poderosa, a menos que antes haya sido convocado y quedado convicto ante la ley", no "cobrar impuesto ni exigir pagos monetarios ni visitar sin invitación los feudos, las casas o los pueblos de los nobles", no conferir oficios a extranjeros que entren en el reino "sin el consentimiento del consejo", no degradar, despedir y exigir restitución de "ningún señor lugarteniente que no se haya conducido de acuerdo con la dignidad de su oficio, o que haya despojado a las personas que estaban bajo su autoridad". Además, no se otorgarían lugartenencias hereditarias y no se emitiría nueva moneda a intervalos menores de 12 meses, y si alguien había sido legalmente condenado la protección de ninguna persona poderosa serviría para protegerlo de las consecuencias. La Bula de Oro termina con estas palabras:

> También ordenamos que si Nosotros o alguno de Nuestros Sucesores en algún momento contraviniese las condiciones de estos estatutos, los obispos y los nobles altos y bajos de Nuestro reino, todos a una, presentes y futuros, por virtud de esto, tendrán derecho ilimitado y a perpetuidad de resistir, de palabra y obra, sin incurrir por ello en cargos de traición.[50]

Muchos siglos después, el concepto de la soberanía del derecho llegó a identificarse con la separación de los poderes legislativo, administrativo y judicial.[51] Este último concepto compartía dos rasgos del concepto anterior. Primero, el poder fue dividido, aunque en el periodo anterior los "frenos y equilibrios" habían corrido a cargo, principalmente, de entidades

en competencia dentro del mismo territorio, y no de ramas en competencia de la misma entidad. En segundo lugar, la ley se derivaba de una realidad —y estaba arraigada en ella— que trascendía la estructura existente del poder político. En el periodo posterior, esa realidad trascendente fue descubierta en los derechos humanos, los valores democráticos y otras creencias relacionadas con ellos, mientras en el anterior se había encontrado en la justicia divina y natural.

IX. EL DERECHO FEUDAL

El término "feudalismo" fue inventado hasta el siglo XVIII. Antes de esa época —en realidad, desde el siglo XII— la gente no había hablado ni escrito de feudalismo ni de "sociedad feudal", sino de "derecho feudal", refiriéndose principalmente al sistema de derechos y obligaciones asociado a las relaciones entre señor y vasallo y las tenencias de tierra dependientes. Sin embargo, durante la Ilustración del siglo XVIII todo el orden social en que habían existido esas relaciones entre señor y vasallo, y esas tenencias de tierras fue llamado, por vez primera, sociedad feudal, y las principales características de esa sociedad se definieron como una nobleza privilegiada y un campesinado sometido. Esta definición era lo bastante laxa para incluir, asimismo, muchos aspectos de la sociedad europea del siglo XVIII.

Con el tiempo, el término feudalismo llegó a quedar asociado a una fase más antigua, que databa de la época de la Reforma: la "Edad Media". Se dijo que el feudalismo era el tipo de sociedad que había existido en Occidente en la Edad Media; incluso se dijo que era un tipo de sociedad que también había existido en culturas no occidentales durante el periodo "medieval" de su historia. Este uso oculta una suposición etnocéntrica, de que también ciertas características de la historia social y económica de Occidente pueden definir el orden socioeconómico de otras sociedades. Más aún, muchos historiadores de los siglos XIX y XX, olvidándose del sistema de creencias, de las relaciones entre las autoridades eclesiásticas y seculares y, ante todo, de las instituciones y los conceptos legales que acompañaron a las economías feudales de Occidente, nos han dado una visión deformada de la dinámica del llamado feudalismo, tanto en Occidente como en otras partes. En particular, los historiadores marxistas, que tratan el modo y las relaciones de producción como la infraestructura o base de la sociedad feudal, y la política, la ideología y el derecho como superestructura, no han mostrado por qué el feudalismo occidental produjo un tipo fundamentalmente distinto de superestructura del que originó digamos, el feudalismo japonés o el ruso.

Al mismo tiempo, muchos otros historiadores que rechazan las categorías marxistas de base y de superestructura tampoco han mostrado en ninguna forma sistemática la interacción entre las instituciones y los conceptos políticos, ideológicos y jurídicos de Occidente, por una parte, ni que esas instituciones sociales y económicas dependan de la tenencia de la tierra, de las relaciones entre el amo y el vasallo, y de la servidumbre, por la otra. Pero si las primeras no son simplemente reflejo e instrumento de las últimas, como afirmó Marx, entonces ¿cuáles *son* las relaciones entre

ambos? ¿Podrá mostrarse que, en contra de la teoría marxista la "conciencia" determinó el "ser"? O bien, si estas mismas categorías son erróneas, ¿cuáles categorías debieran remplazarlas?

Las relaciones entre los factores sociales y económicos, por una parte, y los políticos e ideológicos, por la otra, se pueden aclarar partiendo de la base de cuatro postulados metodológicos.

Primero, debe verse que las instituciones jurídicas traslapan la línea divisoria entre los factores socioeconómicos y los factores político-ideológicos. El derecho debe considerarse como parte esencial de la estructura material de la sociedad occidental ("el modo y las relaciones de producción") y a la vez de su vida espiritual ("conciencia política y social"): como "base" y a la vez como "superestructura".

En segundo lugar, debe hacerse un análisis no del feudal*ismo*, sino de los diferentes tipos de derecho que regularon las relaciones sociales y económicas en el periodo que estamos considerando. Este análisis no sólo debe incluir el *derecho feudal* en el sentido técnico del término, es decir, el derecho que regulaba las tenencias feudales (feudos) y las relaciones entre amo y vasallo (lealtad), sino también el *derecho señorial*, el derecho que regulaba las relaciones entre el señor y el campesino, y la producción agrícola y la vida señorial en general. La yuxtaposición de derecho feudal y derecho señorial debe ayudarnos a superar las objeciones de aquellos historiadores de la sociedad y la economía que, con razón, acusan a ciertos historiadores de la política y la jurisprudencia de haber pasado por alto uno de los rasgos principales del feudalismo: la existencia de un campesinado de siervos de la gleba. La acusación contraria, de exageración (con la consecuente vaguedad), puede evitarse si nos adherimos a la importante distinción técnica que hay entre los dos tipos de regulación: la regulación de los feudos y las lealtades, y la de las relaciones señoriales. Éstas eran dos ramas distintas del derecho, así como el derecho corporativo y el derecho laboral son dos ramas distintas del derecho en el Occidente actual, aun cuando en lo sociológico y en lo histórico estén directamente interrelacionadas.

En tercer lugar, se añade un elemento dinámico al estudio del feudalismo occidental examinando los cambios ocurridos en el derecho feudal y señorial desde la época de la Revolución papal, pues la enorme convulsión de Europa que acompañó a la llamada Reforma gregoriana y la Querella de las Investiduras no habría podido dejar de afectar la regulación legal del modo y las relaciones de producción, y, en realidad, esta periodización del feudalismo occidental encuentra el apoyo de importantes historiadores sociales y económicos. Marc Bloch divide el feudalismo en la "primera edad feudal", del siglo VIII a mediados del XI, y la "segunda edad feudal", de mediados del XI al XV. Escribe Bloch: "Hubo, en pocas palabras, dos edades feudales sucesivas, muy diferentes una de la otra en su carácter esencial".[1] De manera similar, Georges Duby considera que el siglo XI fue el periodo

crítico del surgimiento del feudalismo occidental, y a los años que van de 1070 a 1180 los llama "el siglo del gran progreso", en que por toda Europa quedó establecido el feudalismo como sistema.[2]

En cuarto lugar, se debe reconocer que antes de mediados del siglo XI las relaciones entre señor y vasallo y la tenencia de la tierra, así como las relaciones entre campesino y señor y la vida señorial, no estaban sometidas a una regulación legal sistemática; que aun cuando estuviesen legalmente reguladas por la costumbre (incluso, por el derecho consuetudinario), la costumbre feudal y señorial estaba en gran parte iniciada y muy difundida por toda la costumbre social y económica en general; y que un aspecto importantísimo de los cambios decisivos ocurridos en los siglos XI y XII fue que tanto el derecho feudal como el señorial fueron analizados y sustancialmente sistematizados. Si el finado historiador ruso George Vernadsky tuvo razón al decir que el feudalismo ruso fue un "feudalismo sin derecho feudal", también puede decirse esto del feudalismo occidental anterior al siglo XI. Desde luego, ésta es una exageración: hubo algo de derecho feudal (y algo de derecho señorial), tanto en Rusia como en el Imperio franco, pero en gran parte estaba difuso y era asistemático. En el siglo transcurrido entre 1050 y 1150, el feudalismo en Occidente quedó legalizado en el sentido de que por vez primera se concibieron el derecho feudal y el señorial como cuerpos integrados de derecho, con una vida propia, por los cuales todos los aspectos de las relaciones feudales y señoriales eran gobernados conscientemente.

La costumbre feudal en Occidente antes del siglo XI

Antes de los grandes trastornos de finales del siglo XI y comienzos del XII, los pueblos de Europa se encontraban organizados políticamente en una estructura laxa, compleja y traslapante de *1)* unidades locales, *2)* unidades de señorío, *3)* unidades tribales (de clan), *4)* grandes unidades territoriales como ducados o principados, que podían incluir buen número de tribus (clanes) y *5)* reinos, de los cuales el reino franco, a partir del año 800, también fue llamado Imperio. Los reinos no eran concebidos como unidades territoriales, sino básicamente como la comunidad del pueblo cristiano bajo un rey (emperador), considerado a su vez como vicario de Cristo y jefe supremo de la Iglesia y de la nobleza, los clanes y el ejército. Tampoco la Iglesia misma era concebida como unidad política, sino, ante todo, como una comunidad espiritual encabezada, en última instancia, por el rey o el emperador y, en el nivel intermedio, por los obispos, de los cuales el más importante era, por tradición, el de Roma.

Dentro de esta clasificación general había grandes diferencias de una localidad a otra, de una unidad señorial a otra, de una unidad tribal a otra unidad tribal, etc. La economía de Europa antes del siglo XI era, en gran

parte, local y agraria. Había muy escasa intercomunicación. Aparte de los monjes y algunos otros miembros del clero y un pequeño número de comerciantes, y salvo durante las campañas militares, los únicos que viajaban eran el rey y los miembros de la alta nobleza. En las localidades no había, de hecho, representantes permanentes de las autoridades centrales. En general, se frustraron los esfuerzos por colocarlos allí. Y no sólo el poder, sino también la cultura estaba sumamente dispersa. Las costumbres de un lugar podían diferir considerablemente de las costumbres de otro lugar situado a unos 80 kilómetros.

No obstante, la organización política de los pueblos de Europa, en el periodo transcurrido de los siglos VI a XI, revela una común pauta de desarrollo.

En general, las unidades políticas más pequeñas se llamaban *villae* ("aldeas" o "villas"). Éstas se agrupaban en *centenarii* ("cientos"), agrupados a su vez en *comitatus* ("condados"). Estas unidades locales surgieron cuando las tribus nómadas del Asia occidental, habiendo invadido lo que quedaba del Imperio romano de Occidente, por fin se asentaron durante los siglos IV, V y VI.

El segundo tipo de unidad, las unidades de señorío, surgió poco después. Su número aumentó conforme los colonos "se encomendaban" a los personajes más importantes que había a su alrededor, prometiéndole prestarle servicios a cambio de alimentos, ropa y protección contra sus enemigos. La persona que se encomendaba era "el hombre" del señor. Podía vivir en la casa del señor, o éste podía darle tierras para que las trabajara.

También las unidades de señorío surgieron cuando personajes importantes, en especial jefes de clan y reyes, concedieron un beneficio *(beneficium),* es decir, tierras u otras propiedades, o un oficio u otros privilegios, a cambio de servicios. El término "beneficio", que al principio significaba que el inquilino recibiría la concesión en términos relativamente cómodos, acabó por reducirse a concesiones a una iglesia; a finales del siglo VIII y durante el IX fue remplazado, en general, por el término germánico *feod.* El *feod,* traducido como *feudum* en latín (de ahí el término "feudalismo", así como el francés *féodalité),* significó originalmente ganado (como el término alemán derivado de ahí, *Vieh,* aún significa "vaca"). Luego llegó a significar bienes muebles valiosos (compárese el término inglés "chattels", derivado de "cattle", ganado); y por último llegó a significar una forma de tenencia de la tierra, llamada "fief" o "fee" en inglés normando. (Así, hablar del "fee" [honorarios] de un abogado o de un médico es perpetuar el concepto de una cesión en forma de tenencia, que entraña la obligación de prestar servicios.)

En el siglo XIX, muchos historiadores siguieron los orígenes remotos del primer tipo de unidad de señorío, formada por la encomienda, hasta la *Gefolgschaft* ("séquito") de las tribus germanas, que era una banda de soldados de confianza rodeando a su jefe de guerra. Otros siguieron los orí-

genes remotos de la segunda clase de unidad de señorío, formada por la concesión de un feudo, hasta el *patrocinium* ("estado de patronato") de finales del Imperio romano, o sea, unas tierras asignadas por el patrón a sus *clientes*, que la conservaban con cierto grado de inmunidad ante la autoridad estatal. Los debates por los orígenes germánicos del "feudalismo", contra sus orígenes romanos, se desarrollaron con extraordinaria pasión porque había en juego importantes intereses políticos del siglo XIX. Los germanistas eran los nacionalistas y los románticos. Los romanistas eran los cosmopolitas y los individualistas. Ambos bandos creían en una evolución jurídica unilineal desde los primeros tiempos. Y ambos reprimían el recuerdo de la Revolución papal.

Generalmente se acepta hoy que ni la *Gefolgschaft* ni el *patrocinium* sobrevivieron siquiera al periodo franco, y mucho menos a la Revolución papal. A finales del siglo VIII y durante el IX, frecuentemente se mezclaron la encomienda y la concesión de un feudo. Además, en el siglo IX el feudo, con sus obligaciones de prestar servicio, a menudo recaía sobre los herederos del inquilino —comúnmente llamado con el término celta "vasallo"— al renovarse sus juramentos de encomienda.

Los juramentos formaban parte de un rito solemne. El vasallo, descubierto y desarmado, se arrodillaba, unía las manos y las colocaba (señalando hacia arriba) entre las manos del señor, y se reconocía como "hombre" *(homme, homo)* del señor. En el siglo X ya era práctica difundida que luego los dos se besaran en la boca. Mediante este ritual de homenaje, el vasallo pasaba a ser "hombre de boca y manos" del señor. Pero al unirse la encomienda y la tenencia de la tierra se añadió a la ceremonia una segunda parte, un juramento religioso de fidelidad por parte del vasallo. Poniendo la mano sobre la Biblia o sobre reliquias, el vasallo juraba fe *(fides, fidelitas)* a su señor. A menudo, el señor efectuaba la investidura simbólica del vasallo, entregándole algún objeto, como una bandera, una cruz o una llave para simbolizar la infeudación, es decir, la concesión de un feudo. Cada vasallo juraba fidelidad en su momento.

La vinculación del vasallaje con los feudos por medio del juramento de fidelidad llegó a ser característica de la costumbre feudal franca, aunque hubiese grandes variaciones en esa costumbre, tanto en el tiempo como en el espacio. Los reyes francos llevaron esta costumbre "feudo-vasállica" (como la llaman los historiadores modernos) a todas partes de sus dominios, incluso a la Italia septentrional (descendiendo hasta Roma), España, Hungría y Polonia. Sólo quedaron inmunes Escandinavia, Frisia y una parte de los Países Bajos que colinda con el Mar del Norte. En Inglaterra, la costumbre feudal se desarrolló a lo largo de líneas diferentes pero paralelas: se conocía allí la institución del vasallaje y del feudo, pero en forma menos sistematizada y sin la misma vinculación entre ambas. Sin embargo, los normandos, que se habían asentado en la parte occidental del Imperio franco a comienzos del siglo X y habían absorbido la costumbre

feudal franca, la llevaron consigo a Inglaterra en 1066 y a Sicilia y a la Italia meridional en los decenios de 1070 y de 1080. Los cruzados la llevaron a Palestina en 1099, hasta fundar allí el reino normando de Jerusalén, cuyos decretos crearon un sistema modelo de servidumbre, caballería, señorío y feudos.[3]

Las unidades feudales de señorío y las unidades políticas locales (villas, cientos, condados) podían existir, y frecuentemente existieron, unas al lado de otras. La villa, el ciento y el condado tenían, cada uno, su propio cuerpo gobernante, que era un tribunal (en Inglaterra, *"moot"),* consistente en una asamblea de hombres libres. Cada asamblea se reunía a intervalos regulares a tratar los asuntos públicos de la villa, el ciento o el condado. Esto incluía la resolución de lo que hoy llamaríamos disputas penales y civiles, pero no se limitaba a ellas. Cada unidad de señorío, que con frecuencia en el siglo X tomó la forma de una hacienda o finca *(manor),* tenía su propio tribunal, consistente en la periódica asamblea de todos los hombres libres y siervos de la finca, pero no los esclavos. El tribunal señorial también resolvía disputas penales y civiles.

En las partes occidentales del Imperio franco, pero no en las orientales y meridionales (tampoco en Alemania ni en Italia), el gobierno local fue absorbido en grado considerable por fincas señoriales feudales durante los siglos X y XI. En Inglaterra siguieron predominando el gobierno del ciento y el gobierno del condado *(shire)* —aunque también existiera un gobierno señorial— hasta la Conquista normanda, cuando una mayoría de los tribunales de los cientos fue absorbida por las fincas feudales asignadas por el conquistador, y cuando los tribunales de condado se volvieron, en gran medida, instrumentos de la autoridad real.

Por encima del nivel de la finca y del ciento o el condado, el gobierno, en la parte final del siglo XI, fue grandemente obstaculizado por las dificultades de comunicación. Los señores de señores —jefes de clan, duques, príncipes y otros miembros importantes de la nobleza— fueron víctimas no sólo del carácter local de la economía, sino también de la dispersión de los asentamientos en Europa desde el siglo VI hasta comienzos del XI, lo cual se acentuó por una población por lo común estacionaria o menguante a lo largo de ese periodo. Las ciudades romanas habían desaparecido virtualmente; sólo existía un pequeño número de ciudades importantes, y pocas de ellas tenían más de unos cuantos miles de habitantes. Viajar era difícil; de 30 a 40 kilómetros diarios era la velocidad normal para un noble con su séquito trasladándose del feudo de un vasallo a otro. Tales visitas eran necesarias para el noble, no sólo para supervisar la administración de sus bienes, sino también para mantenerse a sí mismo y a su familia. Había que consumir los alimentos en el lugar: transportarlos a un lugar central habría sido excesivamente costoso. Por la misma razón había que procurarse bienes duraderos en el lugar y llevarlos consigo, o dejarlos en depósito, por decirlo así. Los comerciantes que existían eran, básicamente, itinerantes,

pieds poudreux ("hombres de pies polvorientos"), pues en general no había suficiente número de clientes en un lugar para que se justificara vender por medio de representantes locales.

También los reyes y emperadores vivían viajando. Por ejemplo, en el curso del año 1033 el emperador Conrado II fue de Borgoña a la frontera polaca y de ahí de regreso a través de Europa a Champaña, hasta llegar a su natal Sajonia, una distancia de 2 400 kilómetros en línea recta.[4]

El Imperio, al igual que aquellos reinos (como el anglosajón) que estaban fuera de él, virtualmente no tenía una administración central, un sistema fiscal administrado desde un centro, una judicatura central ni representantes en las diversas localidades; emperadores y reyes solían llevar su gobierno consigo, en sus casas imperiales o reales, conforme "hacían el circuito" por sus dominios.

La historia del emperador o rey peripatético, siempre en camino, y de los peripatéticos duques, condes, príncipes y otros altos señores, casi todos ellos siempre en movimiento, con una población agrícola inmovilizada, que vivía en aldeas y fincas señoriales muy dispersas, casi completa la base para un análisis de la transformación de la costumbre feudal en un sistema de derecho feudal en los siglos XI y XII. Lo que falta es el aspecto militar, el cual, en ciertos aspectos, era el de mayor importancia.

De hecho, durante todo el periodo anterior al siglo XI la guerra fue la preocupación cotidiana dominante de los emperadores, los reyes y la nobleza. Atacando constantemente la periferia de Europa, y siempre dispuestos a invadirla por las partes centrales, estaban los normandos, los sarracenos y los magiares.[5] Dentro de la propia Europa había guerras continuas entre los clanes. Los reyes carolingios intentaron, con cierto éxito, inducir a los jefes de las diversas unidades territoriales y de clanes a enviar soldados de infantería para formar un ejército "popular", es decir, imperial. De manera similar, los reyes anglosajones dependían de la leva *(fyrd)* general. Sin embargo, éstos no eran ejércitos permanentes, sino reservas disponibles para casos de urgencia. Con el tiempo, la gran mayoría de la gente llegó a considerarse, cada vez más, como campesinos que como soldados. Se resistían a la conscripción y, encontraron para esto el apoyo de la Iglesia. La Reforma cluniacense de los siglos X y XI proclamó la Paz de Dios, por la cual el clero y los campesinos quedarían exentos de todo ataque militar. La otra cara de la moneda fue el hecho de que los campesinos perdieron, cada vez más, su importancia militar cuando el soldado de infantería cedió el lugar al jinete fuertemente armado.

Se han ofrecido varias explicaciones de la decisiva aparición del jinete armado en la historia militar franca. El ejemplo del enemigo árabe en las guerras del siglo VIII en España y en el sur de Francia fue uno de los factores. La importación del estribo y la herradura de las tribus euroasiáticas del Este también parece haber desempeñado un papel importante. Sin duda hubo, asimismo, otras causas de naturaleza social. Sea como fuere,

las consecuencias para las costumbres feudales resultaron enormes. Era sumamente costoso presentar un jinete armado, para no hablar siquiera de un caballo capaz de llevarlo. Como hasta entonces casi todos los soldados habían tenido que aportar su propio equipo, se necesitaba ser muy rico para adquirir una armadura pesada más un caballo de guerra, y también se necesitaba mucho tiempo libre para someterse al entrenamiento necesario para utilizarlos. En el año 1000, el precio de la armadura de un caballero bien podía servir para comprar una buena parcela de tierra labrantía.[6]

Muy gradualmente, en los siglos VIII, IX y X, surgió en el Imperio franco una clase guerrera de jinetes armados, llamados caballeros *(milites* en latín, *chevaliers* en francés, de *cheval*, "caballo"; *Ritter* [gente de a caballo] en alemán), cuya única preocupación era servir a sus señores en la guerra. Los campesinos llegaron, gradualmente, a ser utilizados muy rara vez en combate —básicamente para la defensa, en casos de urgencia—, aunque a menudo se les pidiera entregar provisiones a los caballeros y forraje para sus monturas. En el siglo X, los caballeros guerreros eran mantenidos, comúnmente por sus señores en sus castillos de madera, de dos pisos, que llegaron a construirse sobre colinas, rodeados por fosos, para la defensa contra los merodeadores... y como bastiones para defenderse.

De este modo, en muchas partes de Europa, aunque no por doquier, el caballero llegó a tener un virtual monopolio del arte militar. Al mismo tiempo, por la práctica del vasallaje, fue incorporado a *1)* el sistema de tenencia de la tierra y *2)* el sistema de gobierno. Esto se manifestó de diversas maneras. El caballero, habiendo jurado fidelidad a su señor, podía ser investido con un feudo, caso en el cual él mismo pasaba a ser señor; si el feudo incluía una finca con siervos, el caballero era, a la vez, terrateniente y gobernador. Más a menudo, el caballero servía en la casa de su señor, manteniéndose a su disposición para combatir. Podía pelear directamente por su señor, o éste podía enviarlo a su propio superior en cumplimiento de la obligación feudal de prestar servicio, que era ajena a su feudo. Un feudo que entrañara la obligación de mantener a una familia caballeresca era llamado feudo del caballero. Un feudo que tuviera la obligación de enviar al señor superior uno o más caballeros, decíase que se tenía al servicio del caballero. Al aumentar la importancia militar de la caballería armada, durante los siglos XI y XII, cada vez más tierras por toda Europa llegaron a estar al servicio del caballero.

En términos económicos se ha calculado que en el siglo XI, una familia caballeresca costaba tanto como 15 o 30 familias campesinas. Es decir, se necesitaba ese número de campesinos en el feudo del señor para que produjeran la riqueza necesaria para procurar un caballo y una armadura y para mantener a un guerrero profesional con su familia. Así, no fue casualidad que la difusión de la caballería por toda Europa fuese acompañada de la difusión de los feudos señoriales en que la fuerza de trabajo consis-

tía, sobre todo, en campesinos atados económicamente —y en muchos lugares, legalmente— a la tierra.

El surgimiento de un sistema de derecho feudal

En el periodo que va del año 1000 al 1200 d. c., y sobre todo entre 1050 y 1150, las disposiciones feudales en Europa sufrieron cambios considerables, que pueden clasificarse bajo los rubros siguientes: *1)* objetividad; *2)* universalidad; *3)* reciprocidad de derechos de señores y vasallos; *4)* adjudicaciones participatorias; *5)* integración, y *6)* desarrollo.

Objetividad y universalidad

En este periodo, las disposiciones feudales que antes habían sido relativamente arbitrarias y laxas en su significación, y diversas y discriminatorias en su operación local, se volvieron considerablemente más objetivas y precisas y más uniformes y generales.[7]

Por ejemplo, a partir de los últimos años del siglo IX, sobre todo en Francia e Italia, a menudo el heredero de un vasallo, a la muerte de éste, pasaba a ocupar su posición. No obstante, sólo en un sentido muy laxo podríamos hablar de la "heredabilidad" de los feudos en ese tiempo. Sin embargo, por entonces se desarrolló el *uso* (pauta de conducta) de que a la muerte de un vasallo el señor concedería una nueva investidura al heredero si éste se hallaba dispuesto a rendirle homenaje; luego, este uso se extendió como *norma* de conducta, de modo que llegó a considerarse violación de la norma habitual (norma del derecho consuetudinario) que el señor negara tal investidura al heredero. Sin embargo, la norma del derecho consuetudinario no existía en todos los lugares ni en todas las circunstancias. De hecho, durante los siglos IX y X fue extremadamente diversa la costumbre feudal europea (incluyendo tanto las pautas como las normas de conducta, tanto la costumbre como el uso, cuanto el derecho consuetudinario). No todos los homenajes iban acompañados en su totalidad por la investidura con un feudo, ni todos los feudos se otorgaban a "hombres de boca y manos". Muchos feudos aún se otorgaban a cambio de pagos en especie y no de servicios, según acuerdos que podían terminarse a voluntad del cedente. Éste era, asimismo, un periodo en que la caballería apenas empezaba a adquirir gran importancia militar y, por ello, la naciente clase de los caballeros exigía reconocimiento... y tierras.

Sin embargo, en los siglos XI y XII tanto la situación militar como la jurídica fueron más favorables a la clase caballeresca y, consecuentemente, a los vasallos, de quienes dependían los señores para llevar caballeros al servicio militar. Por tanto, el vasallo pudo insistir en el derecho de su lega-

tario para heredar sus intereses en el feudo. De hecho, a finales del siglo XII en Inglaterra y Normandía este derecho fue reivindicado en los tribunales reales y ducales, respectivamente, por un decreto especial llamado *mort d'ancestor,* según el cual al heredero se le otorgaba la posesión, y el señor que ilegalmente entrara en ella era un transgresor.[8] Asimismo, casi en todas partes se estableció la costumbre de la primogenitura, por la cual el hijo mayor heredaba todo el feudo, que de esta manera se salvaba de ser desmembrado, aunque ciertas partes del feudo *(appanages)* podían apartarse para compensar a los hijos menores.

De este modo, en los siglos XI y XII la heredabilidad del feudo pasó a ser norma objetiva y universal, relativamente precisa en su significación y más o menos uniforme en toda Europa.[9] Un desarrollo similar ocurrió respecto a otras normas del derecho consuetudinario feudal, como la enajenabilidad del feudo por el vasallo, la conmutación de varias obligaciones feudales personales por pagos en dinero y el litigio en los tribunales.

Reciprocidad de derechos de los señores y sus vasallos

En el mismo periodo, sobre todo entre 1050 y 1150, varias formas de sujeción personal de los vasallos a los señores se transformaron en obligaciones de propiedad, y al mismo tiempo varias formas de dominación económica directa de los señores se convirtieron en impuestos, lo que dejó a los vasallos considerablemente mayor libertad personal y autonomía económica.

La sujeción personal de los vasallos en los siglos IX y X había tomado la forma del derecho del señor de exigir que el vasallo prestara servicio militar; su derecho, en ciertos casos, de casar (o de no casar) a la hija del vasallo; su derecho a la ayuda personal del vasallo en caso de necesidad, y varios otros derechos. En los siglos XI y XII, el deber de prestar servicio militar se cambió, por lo general, por pagos en dinero (en Inglaterra y en Normandía, *scutage),* el derecho de matrimonio se cambió, por lo general, por un solo impuesto al casarse la hija de un vasallo, y el derecho a la ayuda personal se cambió, por lo general, por varios impuestos ("ayudas").

Antes, la dominación económica había adoptado en muchos lugares la forma de capacidad del señor de entrar en el feudo, de vigilar su administración y llevarse sus productos; la ausencia de todo derecho del vasallo para enajenar el feudo, y el poder del señor para recuperarlo a la muerte del vasallo. En los siglos XI y XII estos poderes del señor fueron sometidos a severas limitaciones legales. El concepto de *seisin* se desarrolló en el siglo XI para caracterizar los derechos de posesión de las personas que "ocupaban" tierras o bienes sin poseerlos; alguien que había sido *seised* no podía ser expulsado por la fuerza por nadie, ni sus bienes podían ser legalmente confiscados contra su voluntad, ni siquiera por su señor. Asimismo, el desarrollo de la heredabilidad del feudo por los herederos del vasallo fue acompañado

por el desarrollo de su enajenabilidad por el vasallo. Esa enajenación tomó, a veces, la forma de una subinfeudación, es decir, el enfeudamiento de un subvasallo. En caso de transferencia de un feudo a un heredero o de transferencia por subinfeudación u otra forma de enajenación, se pagaría un impuesto al señor.

Estos avances jurídicos tendientes a la reificación de los derechos engendraron, obviamente, una creciente autonomía económica del vasallo. Cada vez más, sus obligaciones para con el señor se expresaban en forma de pagos, fuese en especie o en dinero, y no como antes en servicios personales. Cada vez más a menudo administraba el feudo sin la estricta supervisión personal de su señor.

Sin embargo, la creciente protección legal de los vasallos no debe interpretarse como la victoria de una clase económica sobre otra. Con excepción del rey, que era señor de todos, cada señor era vasallo de algún otro; y como resultado de la subinfeudación, cada vasallo que ocupaba un feudo también era señor de alguien más, salvo en el peldaño inferior de la escala, donde el señor de la finca no gobernaba a vasallos, sino a siervos y a otros campesinos.

Como lo ha escrito Marc Bloch:

> En una sociedad en que tantos individuos eran al mismo tiempo encomenderos y amos, había una renuencia a reconocer que si uno de ellos, como vasallo, había conseguido alguna ventaja para sí, podría, como señor, negarla a quienes estaban atados a su persona por una similar forma de dependencia. Desde el antiguo capitular carolingio hasta la Gran Carta, fundamento clásico de las libertades inglesas, esta clase de igualdad en el privilegio, que descendía suavemente de lo alto a lo más bajo de la escala, seguiría siendo una de las fuentes más fértiles de la costumbre feudal.[10]

La referencia de Bloch al periodo carolingio parece contradecir el énfasis que hemos hecho aquí en los cambios ocurridos durante los siglos XI y XII; pero sólo dos páginas más adelante establece Bloch la distinción crucial:

> Desde la época carolingia, la costumbre favorecía las reclamaciones de los descendientes [de vasallos para heredar]... durante la segunda época feudal [es decir, después de mediados del siglo XI], que por doquier estuvo marcada por una especie de despertar legal, pasó a convertirse en ley.[11]

Estos avances en dirección de una mayor libertad personal y autonomía económica de los vasallos se manifestaron especialmente en la legalización del elemento de reciprocidad que había en la relación entre señor y vasallo. Desde luego, siempre hubo un cierto grado de reciprocidad en esa relación; para llegar a ser "el hombre" de un señor, siempre se requería el reconocimiento, por el señor, de una relación de toda la vida y no sólo de la lealtad del hombre para con el señor, sino también de la lealtad del

señor, y cuando esto se aunaba al enfeudamiento del vasallo, quedaba también establecida una relación recíproca entre terrateniente e inquilino. Y, sin embargo, la práctica de la reciprocidad en estas formas laxas, y hasta la aceptación de una obligatoria norma consuetudinaria de reciprocidad, distaban mucho de la plena reciprocidad contractual que, durante el siglo XI, empezó a relacionarse con el nexo entre señor y vasallo.

La expresión "reciprocidad contractual" debe condicionarse: el contrato feudal (fuese de homenaje o de lealtad sin homenaje) era el contrato necesario para ingresar en una categoría. En ese sentido era como el contrato de matrimonio, al que de hecho lo compararon los juristas del siglo XII. En contraste con los contratos comerciales, por ejemplo, virtualmente todos los derechos y las obligaciones del contrato entre señor y vasallo quedaban fijados por el derecho (consuetudinario) y no podían alterarse a voluntad de las partes. El aspecto contractual era el consentimiento de entrar en esa relación; sin embargo, el contenido legal de la relación quedaba adscrito. Además, el contrato de homenaje no podía disolverse por mutuo consentimiento, pues estaba fundado en votos sagrados de compromiso de por vida. Por lo contrario, el contrato de lealtad sí podía disolverse por consentimiento mutuo, y tanto éste como el de homenaje podían ser disueltos por una de las partes si la otra violaba sus obligaciones fundamentales.

Los que escriben sobre feudalismo han sugerido a veces que el homenaje del vasallo era correspondido por la concesión de un feudo. Esta sugestión confunde el homenaje con la lealtad. La reciprocidad en el homenaje consistía en el hecho de que el vasallo pasaba a ser hombre del señor a cambio de que el señor pasara a ser señor del vasallo; ésta era la relación vitalicia, sellada por un beso, casi el equivalente de un matrimonio.[12] Otra cosa era la promesa de fe *(fealty)* del vasallo al señor. Ésta era correspondida por la promesa de fe del señor al vasallo. Además, a menudo el señor investía al vasallo con un feudo. La promesa de lealtad del vasallo incluía el deber de administrar fielmente el feudo. La promesa de lealtad del señor incluía el deber de no transgredir las limitaciones legales puestas a su poder, así como el deber de ayudar al vasallo en varias formas específicas. El vasallo podía deber homenaje y lealtad a más de un señor, así como podía ocupar feudos de diferentes señores. A mediados del siglo XI, en Francia y en otras partes se desarrolló un sistema de *ligantia*, según el cual un vasallo se reservaba sus obligaciones a uno o más *liege lords* ("señores"). En Inglaterra, a partir del siglo XII el rey siempre fue un *liege lord* y, en el momento del enfeudamiento, el vasallo debía decir "reservo mi deber de lealtad al rey". Cuando los feudos se volvieron heredables y enajenables, dentro de vastos límites legales, el vasallaje quedó separado, una vez más, del homenaje, y quedó sujeto a sus propias reglas de reciprocidad.

De importancia crucial desde un punto de vista teórico, y no sin considerable importancia práctica en situaciones insólitas, fue el derecho del vasallo o del señor a disolver un contrato de homenaje o de lealtad dada

una provocación suficiente. Si una de las partes violaba sus obligaciones, causando con ello grave daño a la otra, esta última tenía el derecho de disolver la relación mediante un solemne gesto de desafío, llamado *diffidatio* ("retiro de fe"). En el primer tratado sistemático de derecho inglés, escrito en 1187 y atribuido a Glanvill, se declaraba que un vasallo no debía a su señor más de lo que el señor debía a su vasallo, con excepción de la reverencia, y que si el señor no cumplía su palabra de fe el vasallo quedaba liberado de su obligación de servir. La *diffidatio* es una clave del carácter legal de la relación feudal en Occidente a partir del siglo XI. Además, como lo ha escrito Friedrich Heer, la *diffidatio* "marcó un punto cardinal en el desarrollo político, social y legal de Europa. Toda la idea de un derecho de resistencia es inherente a este concepto de un contrato entre el gobernante y el gobernado, entre el más alto y el más bajo".[13]

Justicia participatoria

Fue principio básico de la justicia por todo Occidente que cada señor tuviera el derecho de establecer tribunal, es decir, de presidir a sus vasallos —o a sus inquilinos, fuesen vasallos o no— en procedimientos judiciales. Este principio fue expresión de la mezcla de las relaciones militar-económicas y de las políticas: la empresa militar-económica de administrar un feudo era, al mismo tiempo, la empresa política de gobernar la comunidad de personas que estaban atadas al feudo. Y el gobierno tomó principalmente la forma de ejercer jurisdicción por medio de procedimientos de carácter generalmente judicial.

Una manera de considerar el surgimiento de los tribunales feudales en los siglos XI y XII consiste en subrayar la descomposición de la autoridad real centralizada durante el siglo IX, acompañada por concesiones reales de inmunidad a los grandes terratenientes. Sin embargo, hay que condicionar esta opinión reconociendo que la autoridad real centralizada nunca quedó firmemente establecida, ni siquiera en el imperio de Carlomagno. Desde luego, Carlomagno y sus sucesores habían tratado de colocar en cada distrito de sus dominios a un grupo permanente de "descubridores de la ley" *(scabini)*, nombrados desde el centro, que decidirían de cada caso bajo la presidencia del gobernador de distrito *(Graf,* o conde) nombrado por el centro. Y, sin embargo, estos tribunales laicos, que solían estar formados por grandes terratenientes locales, difícilmente podían ser gobernados desde el centro. Más aún, la justicia local seguía siendo administrada en grado muy considerable por asambleas populares. Y fueron estas asambleas populares, así como los tribunales de *scabini* que seguían existiendo, los que fueron en gran parte remplazados por tribunales feudales en los siglos X y XI en el Imperio franco. De manera similar, en la Inglaterra posterior a la Conquista normanda fueron las asambleas populares locales —los tribunales

de cientos y tribunales de *shire*— las que fueron remplazadas por tribunales feudales, aunque en menor grado que en Francia.

Vemos así que, antes de finales del siglo XI, la tradición de la adjudicación en grupo era poderosa, mientras que apenas existía una tradición de adjudicación profesional por funcionarios con preparación jurídica. El concepto predominante del proceso judicial era el "proceso de tribunal": el lord presidía, en persona o a través de su segundo, pero el juicio corría a cargo de los "servidores" *(suitors)*, es decir, los vasallos o inquilinos. Una persona acusada de una ofensa o una obligación tenía derecho a ser juzgada por sus iguales *(pares)*. Este enunciado —el derecho de una persona a ser juzgada "por juicio de sus pares" *(per iudicium parium)*— se hizo famoso en Inglaterra por su inclusión en la Carta Magna de 1215; además, se la puede encontrar en documentos similares, emitidos en otros países de Europa. Así, una Constitución promulgada por el emperador Conrado II en 1037 declaraba que ningún vasallo debía ser privado de un feudo imperial o eclesiástico "salvo de acuerdo con la ley de nuestros predecesores y el juicio de sus pares".[14]

Los tribunales feudales no eran simples agencias de resolución de disputas o de aplicación de la ley en sentido estricto; eran asambleas para la consulta y deliberación de todas las cuestiones de interés común. Así, podía pedirse a los tribunales señoriales que fijaran la cantidad que debían pagar los vasallos para mantener una campaña militar, o que dictaran reglas sobre el uso de los campos o bosques comunes, o que consintieran en el enfeudamiento de un nuevo inquilino o en la expulsión de uno que no cumplía con sus obligaciones. Al mismo tiempo, los tribunales señoriales podían ejercer lo que en Francia se llamó *haute justice* ("alta justicia"): es decir, podían decidir los casos de delitos capitales, como asesinato, robo y otras felonías. Con el tiempo, empezando por los reinos normandos de Sicilia e Inglaterra, y después en Normandía y Francia y por doquier, los tribunales del rey (o del duque) adquirieron gran parte de la jurisdicción sobre la *haute justice*, también llamada "quejas de la espada". Sin embargo, hasta en Inglaterra algunos grandes señores conservaron esa jurisdicción, y en Francia y Alemania muchos señores continuaron ejerciendo la alta justicia hasta el siglo XVI. Por dondequiera, los tribunales señoriales siguieron teniendo jurisdicción sobre delitos menores y sobre ciertos tipos de acciones civiles *(basse justice*, "baja justicia"), así como jurisdicción general sobre derechos en las tierras del señor de quien era el tribunal. (Los tribunales señoriales ingleses también conservaron durante varios siglos la jurisdicción capital sobre los "ladrones sorprendidos con las manos en la masa", es decir, ladrones atrapados *in fraganti.)*

El propio señor o su segundo presidía el tribunal feudal, y sus servidores dictaban juicio. En los casos comunes y civiles, la prueba generalmente era por compurgación o combate, o, antes de su abolición en 1215, por ordalía. Además, con frecuencia se nombraban jurados para decidir las

cuestiones disputadas. El procedimiento era oral e informal. Éstas eran características de la justicia señorial por toda Europa occidental.

Un rasgo sorprendente de la justicia señorial era la jurisdicción del tribunal señorial sobre las reclamaciones de un señor contra un vasallo. El señor utilizaba su tribunal para demandar a sus inquilinos por no pagar sus deudas feudales, por transgresión *(trespass)* en el dominio del señor y por otros incumplimientos. Escribe Maitland: "En cuanto a la objeción de que el señor es juez y parte, falla, pues el señor no es juez; el acusado tiene el juicio de sus pares".[15] Desde luego, el señor podía hacerles la vida difícil a quienes votaran en su contra. Sin embargo, el vasallo podía apelar una decisión del tribunal de su señor inmediato en el tribunal del superior de su señor. Este derecho de apelación estaba explícito en términos legales específicos. Por ejemplo, el jurista francés Felipe de Beaumanoir, escribiendo a finales del siglo XIII pero describiendo un régimen jurídico —el del condado de Beauvais— que llevaba en existencia más de cien años, enumeró los siguientes motivos por los que un caballero podía apelar del juicio del tribunal de su señor al siguiente tribunal señorial superior: *1)* negativa de justicia, *2)* falso juicio, *3)* falta de jurisdicción, *4)* autorización a apelar concedida por decreto del conde o del rey, *5)* interés directo en el caso de parte del conde, como cuando el caballero afirmaba que poco antes había sido injustamente desposeído de las tierras que libremente tenía.[16] Además, aunque el vasallo no pudiese demandar a su señor en su propio tribunal, si éste rechazaba una demanda de justicia, aquél podía ir al tribunal del señor de su señor.

El derecho del vasallo de recurrir a un tribunal señorial superior para presentar una reclamación contra su señor inmediato, aunque no fuese ejercido con frecuencia, constituye una impresionante ilustración de la importancia tanto del sistema de los tribunales feudales como del principio de reciprocidad de derechos entre señores y vasallos. El derecho feudal dio a Occidente su primera experiencia secular de la mutua obligación legal entre personas de rango superior e inferior.[17] En realidad, toda la jerarquía feudal fue vista como una estructura jurídica integrada; las clases superiores, desde caballeros hasta barones, condes, duques e incluso reyes, se consideraban sujetas a normas jurídicas comunes. Ésta fue, en parte, una manifestación del ideal de legalidad. También era, en parte, reflejo de la experiencia real de la subinfeudación en que el señor de un vasallo era, a su vez, vasallo de otro señor. Tanto el ideal de legalidad como la práctica de la subinfeudación ayudaron a mantener una conciencia común de clase superior, en marcado contraste con las estructuras feudales de muchas culturas no occidentales, en que había marcadas divisiones dentro de la aristocracia, especialmente entre la alta nobleza y los gentiles. Tales divisiones también caracterizarían a la sociedad occidental en etapas ulteriores de su desarrollo. Pero en la época formativa de la tradición jurídica occidental, que se regía por el derecho feudal, la clase caballeresca podía atribuirse

una igualdad *jurídica* fundamental con todos aquellos que en lo político, lo económico y lo social se encontraban por encima de ella en la jerarquía feudal.

La mutualidad de la obligación jurídica feudal, la igualación del privilegio feudal y la jerarquía de las jurisdicciones feudales eran sostenidas por una gran inclinación a pleitear por parte de la aristocracia feudal. Esto llegó a relacionarse con la propia caballerosidad. "El litigio sólo era inferior a las riñas y la guerra como forma de conflicto predilecta de los varones", escribe Heer. De hecho, como él lo señala, "el juicio por combate y el juicio por la ley eran formas de un solo combate. 'Dios y mi derecho': que Dios determine la cuestión, en el combate y la ordalía".[18] El afán de pleitear de las clases superiores, como el concepto de reciprocidad de derechos entre señores y vasallos, no sólo constituyó un elemento estructural del sistema de derecho feudal sino que también señaló una importante contribución del derecho feudal al desarrollo de la conciencia jurídica occidental, que se distingue de la conciencia jurídica de muchas culturas no occidentales por su gran apego a la adjudicación formal de derechos como modo de resolución de disputas.

La integración

La expresión "integración del derecho feudal" se refiere a ese desarrollo de la conciencia jurídica occidental que hizo posible, y a la vez necesario, interpretar los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones entre señor y vasallo en el sentido de que constituían un conjunto integrado. Llegó a comprenderse que los conceptos y las instituciones de homenaje y lealtad, *ligantia*, los llamados incidentes feudales (servicio militar o pago por su exención, alivios, ayudas, matrimonio, tutoría y otros), la heredabilidad y enajenabilidad del feudo, las reglas de reversión del feudo al señor *(escheat)*, la *diffidatio*, el juicio en el tribunal y otros conceptos e instituciones relacionados con los anteriores formaban, todos ellos, un sistema jurídico distinto y completo.

Aunque en su mayor parte el sistema siguiera siendo un sistema de derecho consuetudinario más que de derecho legislado, con el tiempo llegó a adquirir, asimismo, fuentes escritas. En los siglos XI y XII, incontables cartas constitucionales, emitidas para confirmar el enfeudamiento de los vasallos por los señores, registraban ciertas costumbres feudales específicas.[19] Lo mismo hicieron los estatutos urbanos, como la carta de Pisa de 1142. Los *Usages* de Barcelona, escritos en 1068, fueron en gran parte un replanteamiento del derecho feudal. Al paso del tiempo, las costumbres feudales, escritas o no, llegaron a ser analizadas por doctos juristas que trataban de definir sus principios subyacentes. Así, en algún momento entre 1095 y 1130 Umberto de Orto, cónsul milanés, escribió un libro intitulado *Consuetudines*

Feudorum (Costumbres de los feudos), después llamado *Libri Feudorum (Libro de los feudos)*, el cual era un intento por plantear sistemáticamente el derecho feudal. Este libro fue empleado como texto en Bolonia, donde se le glosó y extendió; y su versión final, de 1220, fue añadida a las Novelas de Justiniano. Replanteaba tanto el derecho feudal consuetudinario como aplicaciones particulares de los emperadores Lotario II, Federico I y Enrique VI. Así, pretendía analizar no sólo el derecho feudal lombardo, sino un derecho consuetudinario más universal, diferente del derecho canónico, diferente asimismo del derecho real, urbano o mercantil y, sin embargo, común en Occidente y aplicable en general a las relaciones feudales. Umberto y sus seguidores consideraron, en términos de David Herlihy,

> que el derecho consuetudinario del feudo era lógicamente congruente y perfectamente susceptible de investigación científica... Supusieron que el agregado de costumbres feudales no sólo era una masa informe de idiosincrasias regionales, sino que, antes bien, las costumbres compartían principios comunes y que, por tanto, constituían un auténtico sistema jurídico. Pero los juristas reconocieron plenamente que estas costumbres sólo constituían una parte del cuerpo total de leyes por las cuales se gobierna la sociedad.[20]

La ley de la tenencia de tierras feudales se fundió con el creciente cuerpo del derecho real (o ducal) en Sicilia, Inglaterra, Normandía, Francia, los ducados alemanes, Flandes, España y otros lugares. En 1187, el tratado de Glanvill sobre las leyes y costumbres de Inglaterra sistematizó la mayoría de los principios fundamentales del derecho feudal en Inglaterra bajo las categorías de los decretos judiciales reales que se habían emitido en décadas anteriores. Por el año 1200, un libro normando de costumbres, el *Très ancien coutumier de Normandie*, contuvo un cuerpo muy similar de leyes feudales aplicables a Normandía. Hacia 1221 apareció el *Sachsenspiegel (Espejo de los sajones)*, escrito por el caballero alemán Eike von Repgau; contenía dos partes: una acerca del *Landrecht* sajón, o derecho común de Sajonia; la otra sobre el *Lehnrecht* sajón, o derecho feudal. (El *Sachsenspiegel* fue el primer libro de derecho escrito en alemán. Iba precedido por una edición latina que hoy se ha perdido.)[21]

Además, los tres más grandes monarcas occidentales de la última parte del siglo XII —Enrique II de Inglaterra y Normandía (1154-1189), Felipe *Augusto* de Francia (1180-1223) y Federico *Barbarroja* de Alemania (1152-1190)— promulgaron leyes importantes para regular diversas cuestiones feudales.

En los siglos XIII y XIV, varios de los más importantes romanistas escribieron tratados de derecho feudal. Aparecieron muchos libros en que se informaba de costumbres locales: en Dinamarca, Jutlandia, Normandía, Vermandois, Orléans, Anjou y otros lugares. La gran *summa* de derecho inglés atribuida a Bracton, escrita en la primera mitad del siglo XIII, contenía un análisis muy detallado del derecho feudal; y en 1283 fue seguida en Francia por las célebres *Costumbres de Beauvaisis*, de Beaumanoir.

Marc Bloch contrasta el derecho feudal en las estructuras jurídicas de Francia, Alemania e Inglaterra después del año 1200. En Francia, la ley de feudos y de vasallaje fue entretejida en toda la urdimbre jurídica, de modo que es imposible distinguir entre el derecho feudal y el no feudal. En Alemania, el derecho feudal fue tratado como un sistema aparte, cuyas reglas sólo eran aplicables a ciertos feudos o ciertas personas y era administrado por tribunales especiales; no sólo al nivel señorial o en los poblados, sino también entre las altas clases de los campos, muchos tipos de relaciones legales estaban gobernados por el *Landrecht (lex terrae*, "ley de la tierra") y no por el *Lehnrecht* ("derecho feudal"). Inglaterra, como Francia, no tenía un cuerpo separado de derecho feudal basado en la costumbre de las clases feudales; se fundían ahí el *Landrecht* y el *Lehnrecht*. Sin embargo, como en Alemania, una parte considerable del derecho común inglés —la relacionada con los derechos de tierras— puede ser identificada como derecho feudal, aun cuando fuese aplicada por tribunales reales y, técnicamente, fuese parte del derecho común inglés.[22] Podemos considerar el análisis de Bloch como un condicionamiento y una aclaración de la tesis presentada aquí con respecto a la sistematización del derecho feudal en los siglos XI y XII. Esta sistematización no dio por resultado la creación de un cuerpo de derecho, que actuara independientemente de otros cuerpos de derecho. En cambio, todos los sistemas jurídicos seculares —feudal, señorial, mercantil, urbano y real (común)— se traslapaban. Esto podía decirse incluso en Alemania, pese a la división entre el derecho de la tierra y el derecho feudal. No obstante, cada cuerpo de derecho tenía su propio carácter, su propia lógica: aun cuando normas jurídicas feudales y no feudales se hubiesen entrelazado en los libros franceses de derecho consuetudinario, y en el análisis de Bracton de las leyes aplicables de los tribunales reales ingleses, aun así el derecho feudal tenía sus propios principios coherentes.

Uno de los elementos integradores más importantes del derecho feudal fue su combinación de derechos políticos y económicos: el derecho de gobierno y el derecho de uso y disposición de la tierra. El término legal empleado para expresar esta combinación era la palabra latina *dominium*, que significaba, por una parte, algo como señorío y, por otra, algo como propiedad. "Señorío" es la palabra indicada, si se interpreta para incluir la jurisdicción, es decir, el derecho de establecer tribunales y declarar la ley. "Feudo y justicia: son lo mismo", dijo Beaumanoir.[23] "Propiedad" también es la palabra correcta si no se limita al significado que originalmente tuvo al ser empleada por vez primera en el siglo XVII. Por entonces se refería a un derecho absoluto, exclusivo y no dividido, sobre la cosa poseída. Por contraste, el *dominium* feudal habitualmente estaba limitado, dividido y compartido de muy diversas maneras. Una persona podía tener ciertos

derechos sobre una tierra, válidos contra su señor, y el señor podía tener ciertos derechos a la misma tierra, válidos contra *su* señor, así como otros derechos válidos contra el señor del señor, que podía ser el rey. Esos derechos conflictivos eran inherentes a la tierra misma, concebida como una especie de entidad legal: así, una parcela de tierra podía ser considerada "al servicio" de otra, en el sentido de que podían requerirse servicios que fueran transferidos de ella a la parcela "dominante". De hecho, la tierra no era "poseída" por nadie; era "ocupada" por los superiores en una escala de "tenencias" que remataba en el rey o en otro señor supremo. ("Tenencia" deriva de la palabra latina *tenere*, "tener".)

El concepto de la propiedad dividida, o de múltiples portadores del derecho en la misma tierra, no es idea exclusivamente occidental. Sin embargo, el sistema occidental de propiedad feudal *sí* era único en su concepción de las interrelaciones de los varios derechos en competencia. Por ejemplo, un caballero podía tener *dominium* sobre una parcela de tierra tan sólo durante su vida y a su muerte, tal *dominium* regresaría al señor que le había otorgado ese "feudo vitalicio". O la tierra podía haber sido otorgada al caballero "y a los herederos de su cuerpo", caso en el cual los herederos, al nacer, podían tener una cierta clase de "interés futuro" en la tierra. O la cesión podía ser vitalicia para el Caballero *A* y, a su muerte, para su hermano, el Caballero *B*, si *B* sobrevivía a *A*, pero si *B* fallecía antes que *A*, entonces, a la muerte de *A*, para su primo, el Caballero *C*. Esto creaba otros tipos de "intereses futuros" en la tierra para *B* y *C*. Tales dones de tierras (o de otra propiedad) que a la muerte del recipendario podían volver al donador, y la creación de varios tipos de intereses contingentes en la tierra, que entrarían en vigor en tiempo futuro, no se derivaron del derecho romano ni del derecho germánico. La idea misma de medir los derechos de propiedad por su duración en el tiempo fue, en gran parte, invención de finales del siglo XI y del XII en Occidente. Esta idea persistió mucho después de la decadencia del feudalismo; de hecho, ha persistido hasta hoy en el derecho de propiedad inmobiliaria inglés y norteamericano. Lo que vemos allí no es sólo un conjunto de técnicas para efectuar la devolución de la propiedad a la muerte de su ocupante, sino también la inclusión de varias personas, nacidas y no nacidas, en los derechos de posesión, uso, disposición y control de la propiedad. La vinculación consciente de generaciones futuras en el régimen de propiedad fue ejemplo característico del sentido del tiempo en la tradición jurídica occidental hacia la época formativa de su desarrollo.

Junto con la medición de los intereses de propiedad (estamentos) en la tierra por su duración en el tiempo, y la asignación de tales estamentos para un uso futuro ("intereses a futuro"), el distintivo concepto jurídico de *seisin*, que cundió en Europa a finales del siglo XI y durante el XII, hizo una aportación duradera a los valores jurídicos occidentales, así como a las instituciones, conceptos y reglas jurídicos de Occidente. Ya se ha mencionado el *seisin* en relación con el desarrollo de la autonomía legal de los vasallos: un vasallo en posesión, al que le habían confiscado la tierra, tenía un derecho de acción contra cualquiera que lo hubiese "desposeído", aun contra su señor, y también en conexión con el derecho canónico de propiedad, especialmente el derecho de espoliación. Desde el punto de vista del desarrollo de la tradición jurídica occidental en conjunto, la importancia del concepto de *seisin* se encuentra en su interpolación de elementos jurídicos y fácticos. No sólo significaba —y ni siquiera necesariamente— la ocupación fáctica o el dominio físico de la tierra. En esto difirió del antiguo concepto romano de posesión. Así, alguien podía quedar desposeído de la tierra mientras se hallaba lejos, en una cruzada o en una peregrinación. Y, sin embargo, el *seisin* no significaba —ni siquiera necesariamente— un derecho de propiedad. Así, el heredero o concesionario que aún no había entrado en la tierra no tenía aún posesión de ella. El *seisin* era, en realidad, un derecho legal de continuar una situación fáctica, derecho derivado de haber estado previamente en esa situación fáctica.[24] Era un derecho de posesión independiente a la vez de la propiedad y del contrato, concepto desconocido en el derecho germánico o en el antiguo derecho romano. Esta idea de "derecho posesorio" —no posesión, sino derecho de posesión— ha persistido hasta la actualidad en todos los sistemas jurídicos de Occidente. Es particularmente poderoso en el derecho inglés y el norteamericano.

El concepto de posesión fue, en parte, producto del concepto feudal de la posesión dividida, y en parte del concepto canonista del debido proceso de ley, con su antipatía por la fuerza y la justicia por propia mano. Una persona que se había posesionado de la tierra, de bienes o de derechos, no podía ser expulsada por la fuerza ni aun por los verdaderos propietarios. También esto formó no sólo un elemento estructural del derecho feudal, sino que hizo una importante y perdurable aportación a la conciencia jurídica de Occidente.

Por último, el derecho feudal se caracterizó por su concepción del delito civil, o de un daño legal, como la ruptura de una relación. Desde épocas tempranas había sido regla del derecho feudal consuetudinario que si un vasallo "violaba la promesa" hecha a su señor, el feudo volvía ("revertía") al señor, así como revertía a la muerte del vasallo o, en periodo ulterior, cuando no había herederos. El término normando para ese incumplimiento de promesa era "felonía". En Inglaterra, después de la conquista normanda, los crímenes más graves fueron llamados felonías, porque se les consideraba como violaciones a la lealtad debida por todo el pueblo al rey como guardián de la paz. (Sin embargo, la tierra del felón revertía a su señor, y sólo sus otras posesiones a la Corona.) Aparte de las felonías, otros delitos penales y civiles —llamados en Inglaterra "transgresiones" *(trespasses)* (francés normando, por el latín *transgressiones*, "pecados")— también fueron concebidos, en general, como ruptura de relaciones. Por ejemplo, las rela-

ciones entre terratenientes e inquilinos, entre amos y siervos, entre quienes daban en depósito y los depositarios de bienes.

El desarrollo

Una vez que el derecho feudal quedó sistematizado en los siglos XI y XII, se desarrolló con rapidez. Sus normas se hicieron más específicas; la uniformidad de sus principios fue borrando gradualmente todas las diferencias locales; la reificación de derechos y obligaciones superó, cada vez más, los aspectos personales del dominio del señor sobre el vasallo, y también dio al vasallo una autonomía económica cada vez mayor al administrar el feudo; la reciprocidad de derechos y obligaciones se hizo más importante, así como la adjudicación de las disputas; y se intensificó el grado de integración. En otras palabras, todos estos rasgos característicos del derecho feudal también se volvieron tendencias del derecho feudal, características de su desarrollo autónomo a lo largo del tiempo.

De este modo, el derecho feudal compartió con el nuevo derecho canónico de finales del siglo XI y comienzos del XII muchas de las cualidades básicas de legalidad que habían marcado la tradición jurídica occidental en su época formativa. Fue un sistema jurídico autónomo en el sentido distintivo occidental caracterizado, por una parte, por una consciente integración de los valores legales, las instituciones jurídicas y los conceptos y reglas legales y, por otra parte, por una consciente tendencia y capacidad de desarrollarse en el tiempo, de crecer durante generaciones y siglos. El nuevo sistema jurídico feudal también se caracterizó por su marcado interés en la generalidad y objetividad de los derechos y las obligaciones, en la autonomía de las personas como poseedoras de ellos, en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre personas de diferente condición social y económica, y en la vasta participación de los poseedores de derechos y obligaciones en los procedimientos en que éstos eran declarados. También en tales aspectos el derecho feudal se asemejó al derecho canónico.

Y, sin embargo, dicho todo esto, hay que añadir que en comparación con el derecho canónico, el derecho feudal fue mucho menos sistemático, mucho menos integrado en el nivel de la conciencia, mucho menos profesional y mucho menos científico. Fue, en gran parte, el derecho consuetudinario y, como tal, fue tratado más crítica y escépticamente que las leyes promulgadas por papas y reyes, para no mencionar la docta ley del *Decretum* de Graciano y las glosas al Digesto de Justiniano. Además, el derecho feudal era un derecho secular, la ley de un mundo que aún se hallaba en un lento y poderoso proceso de redención. No era la ley espiritual de la Iglesia. Cierto, también el derecho canónico podía ser interpretado a la luz de la razón y de la conciencia, pero el derecho feudal estaba mucho más abierto a corrección y aun a rechazo al descubrirse que producía injusticias.

Por último, el derecho canónico, en contraste con el feudal, era considerado como sistema completo de derecho, que gobernaba todo tipo de cuestión legal que pudiese surgir. Desde luego, técnicamente el derecho canónico sólo cubría aquellas cuestiones que se encontraban dentro de la jurisdicción eclesiástica; pero en realidad esa jurisdicción sólo estaba limitada por el concepto de pecado que, a su vez, se definía parcialmente por los intereses de la Iglesia. De este modo, hasta los derechos y deberes de un rey para con sus barones podían caer dentro de la jurisdicción de la Iglesia, como, por ejemplo, en el caso del rey Juan de Inglaterra en Runnymede en 1215. El derecho feudal, por su parte, estaba concebido mucho más estrechamente. Era la ley de los feudos, la ley de las relaciones entre señor y vasallo. No sólo era derecho secular, en contraste con el derecho espiritual de la Iglesia, sino que también era sólo uno entre varios sistemas de derecho secular en competencia.

X. EL DERECHO SEÑORIAL

Como el derecho feudal de las relaciones entre señor y vasallo y la dependiente tenencia de la tierra, también el derecho señorial de las relaciones entre señor y campesino y la producción agrícola llegaron a formar todo un sistema jurídico. Desde luego, ambos sistemas estaban estrechamente relacionados. Ambos se vinculaban (aunque en forma mucho menos directa) con los sistemas de derecho mercantil, urbano y real (común) que se desarrollaron contemporáneamente, así como todos estos sistemas de derecho secular estaban íntimamente relacionados con el sistema de derecho canónico. Todos eran partes integrales de un generalizado proceso estructural, la tradición jurídica occidental.

La economía señorial no llegó a predominar en Europa sino hasta el siglo XI. En la época anterior, desde que las tribus germánicas se hubieron asentado en el occidente de Europa, no había prevalecido ningún tipo de relaciones económicas agrícolas. Por una parte, dentro de la estructura tribal y de aldea había gran número de familias campesinas que eran libres, en el sentido de que no trabajaban las tierras de un superior (salvo, a veces, como trabajadores contratados) ni estaban atados a su servicio personal. Por otra parte, la esclavitud también abundaba en la agricultura europea de la época. Muchos de los esclavos eran descendientes de enemigos capturados en combate y reducidos a la esclavitud por las tribus germánicas, o ellos mismos habían sido capturados en las guerras casi continuas habidas en Europa antes del siglo XI. Otros eran descendientes de personas que habían sido esclavas a finales del Imperio romano. Además, parece haber habido un brote de esclavitud en Europa en los siglos VIII, IX y X, cuando muchos eslavos fueron capturados y esclavizados por los ejércitos francos en el Este. De hecho, la palabra occidental "eslavo" (en alemán, *Sklave)* se deriva de esta experiencia histórica y, en contraste, el término "franco" llegó a significar "libre". Muchos esclavos servían a las familias de sus amos, pero la mayoría trabajaban los campos.

Con el surgimiento de las unidades señoriales, y especialmente con la vinculación de vasallaje y feudo en los siglos VIII, IX y X, cobró creciente importancia una tercera clase de campesinos, ni libres ni esclavos. Éstos, a menudo llamados siervos, se distinguían por varias características: en contraste con los esclavos, *1)* no eran propiedad de un amo ni se les podía comprar y vender, y *2)* podían contraer matrimonio legal; a diferencia de la mayoría de los esclavos, *3)* aportaban sus propios alimentos y ropas y *4)* tenían ciertos derechos sobre su casa, sus tierras y bienes; en contraste con los campesinos libres, *5)* estaban atados a la tierra, es decir, no podían irse

sin autorización del señor y se iban con la tierra cuando ésta era transferida; y finalmente, a diferencia de la mayoría de los campesinos libres, *6)* se les exigía que prestaran servicios pesados en la morada del señor, *7)* tenían que pagar a éste varios impuestos en especie y en dinero por la tierra que ocupaban, y *8)* se hallaban severamente restringidos en sus derechos de uso y disposición de la tierra, y al morir su propiedad seguía siendo del señor.

En algunos aspectos, los siervos eran como otra clase que había sobrevivido del Bajo Imperio, los *coloni*, que no eran esclavos pero desempeñaban servicios manuales en la morada del señor. Había además otros tipos de campesinos con diversos grados de dependencia.

En los siglos VIII, IX y X, campesinos de todas clases —campesinos libres, esclavos, colonos y otros— fueron atraídos, involuntaria, voluntaria o semivoluntariamente en números crecientes a los feudos de los señores, como siervos. Los *mansi* (tenencias de tierra) de los siervos eran apartados del *mansus indominicatus* o feudo dominante ("morada") del señor. Y, sin embargo, los siervos prestaban servicios y cumplían con otros deberes en la morada del señor, y éste ejercía derechos económicos, fiscales, judiciales y de policía sobre los siervos en los aposentos ocupados por ellos. Además de los siervos, también muchos hombres libres vivían en las mansiones, como inquilinos —en realidad, súbditos— de sus señores. Es dudoso que el número de siervos haya llegado a ser en Europa superior a una mitad o dos tercios del total de la población campesina.[1] Al mismo tiempo, sin embargo, había muchos grados de libertad entre los campesinos libres.

Desde el punto de vista de las relaciones internas, el feudo tomó la forma de comunidad autónoma, y en muchos lugares de Europa recibió el nombre de "manor" (*manerium*) o finca señorial.[2] Una característica importante de la finca, considerada como comunidad autónoma, era la posición exaltada de su señor y la posición servil de sus siervos. Otra característica importante fue la interdependencia económica y política de todos los miembros de la finca, incluyendo la familia del señor, los siervos y las clases intermedias de caballeros, funcionarios señoriales y otros hombres libres (incluso campesinos libres) que allí vivían. Existía cierta tensión entre estas dos características.

Con respecto a la posición servil de los siervos, Felipe de Beaumanoir escribió en el siglo XIII que "del tercer estamento de hombres", es decir, de "los que no son libres", "algunos están tan sometidos a su señor que éste puede tomar todo lo que tengan, vivos o muertos, y meterlos en prisión, a su capricho, no siendo responsable sino ante Dios". Beaumanoir contrastó esta posición de algunos de los siervos con la de los demás, que en su época eran la gran mayoría.[3] Sin embargo, antes del siglo XI su frase se habría aplicado casi a todos los siervos. En el periodo anterior, la costumbre señorial, aún más que la costumbre feudal de la época, había carecido considerablemente de objetividad y de universalidad (como fueron definidas

en el capítulo IX, y por tanto estaba sujeta a mayores arbitrariedades y abusos que en el periodo posterior; también carecía considerablemente de las otras cualidades de los ulteriores sistemas occidentales de derecho: reciprocidad de relaciones jurídicas entre superior e inferior, adjudicación participatoria, integridad sistemática y desarrollo orgánico.

A pesar de todo, la interdependencia entre los campesinos y el señor de la finca tendió a superar, hasta cierto punto, las desventajas de su inseguridad legal. Característicamente, el señor no era un terrateniente ausentista, ni un simple cobrador de impuestos, como en muchos regímenes señoriales no occidentales. En cambio, vivía en el feudo y vigilaba su administración. Aun cuando administrara su finca (o fincas) por medio de uno o más agentes, dependía por completo de su lucratividad económica para cumplir con sus propias obligaciones militares y económicas hacia su señor superior (fuese el rey o un señor intermedio). De no menos importancia también era el gobernante político de toda la comunidad señorial, responsable de mantener el orden en ella, de protegerla contra todo ataque del exterior y de nombrar funcionarios para administrarla y presidir sus asambleas. Una vez más esos aspectos de la vida señorial estuvieron mucho más laxamente ordenados y mucho más expuestos a excentricidades locales e individuales en el periodo anterior al siglo XI, que en el periodo ulterior.

Así como la costumbre feudal fue transformada en un sistema de derecho feudal en los siglos XI y XII, especialmente entre 1050 y 1150, también la costumbre señorial se transformó en un sistema de derecho señorial hacia ese periodo. Como en el caso del derecho feudal, también en el caso del derecho señorial hubo en aquel periodo un considerable aumento de la objetividad y universalidad de sus normas. Asimismo, un elemento de reciprocidad se desarrolló en las relaciones legales entre campesinos y señor, aunque fuese menos evidente que en el derecho feudal, pues el homenaje y la lealtad estaban ausentes en las relaciones entre señor y campesino, y no existía el concepto de que señor y campesino celebraran un contrato por el cual entrasen en una relación vitalicia; y, sin embargo, los campesinos ejercieron presión de grupo sobre los señores para obtener condiciones de trabajo más favorables, que tuvieron la fuerza de concesiones recíprocamente concedidas a condición de lealtad. Además, el derecho señorial era administrado por una asamblea de miembros de la finca, incluso de los siervos, quienes participaban en la adjudicación de las disputas, bajo la presidencia del funcionario del señor, el mayordomo. Por último, el derecho señorial en los siglos XI y XII como el derecho feudal aunque en menor grado, adquirió la calidad de sistema integrado de conceptos y procedimientos, así como la calidad de sistema en desarrollo con capacidad de crecimiento paulatino durante generaciones y siglos.

A pesar de todo, en contraste con el derecho feudal, el surgimiento de un nuevo sistema de derecho señorial en los siglos XI y XII estuvo directamente conectado con la lucha de clases económica. Mientras que el derecho feudal regulaba ante todo las relaciones entre personas pertenecientes a una sola clase económica, la aristocracia feudal, el derecho señorial reguló básicamente las relaciones entre ricos y pobres, entre gobernantes y gobernados, entre la "administración" y el "trabajo". Esto no significa que el derecho señorial fuese simplemente impuesto a los campesinos; por lo contrario, éstos no carecían de una considerable influencia para proteger sus intereses de clase. En especial en los siglos XI y XII, las mejoras logradas en las condiciones de vida hicieron económicamente factible que insistieran en unas mejoras también considerables en sus condiciones de servidumbre. No obstante, el desarrollo de un nuevo cuerpo de derecho para obtener esas mejoras no sólo dependía de los cambios ocurridos en las condiciones económicas, sino también de los cambios ocurridos en las condiciones legales. Nuevos conceptos e instituciones jurídicos y nuevas actitudes hacia el derecho habían surgido o estaban surgiendo, a las cuales tanto los señores como los campesinos recurrieron en el esfuerzo por resolver los conflictos entre sus intereses económicos.

Un aspecto decisivo del enorme desarrollo de la prosperidad ocurrido a finales del siglo XI y comienzos del XII fue el cese final de ataques militares procedentes del Norte, del Este y el Sur. De hecho, a finales del siglo XI el Occidente había logrado suficiente fuerza económica para lanzar su propia invasión militar al Medio Oriente (la primera cruzada, de 1095-1099). Otro aspecto del aumento de prosperidad fue el movimiento de reclamación y colonización de tierras: en los siglos XI y XII, los europeos desmontaron bosques e invadieron tierras baldías, desecaron marismas y quitaron tierras al mar en Inglaterra, Alemania, Flandes y otros lugares. Muchos emigraron a tierras eslavas y magiares. Estas actividades estuvieron directamente relacionadas con el crecimiento demográfico: después de siglos de una población estable o menguante, la población de Francia pasó, de un salto, de cerca de siete millones de habitantes a más de veinte entre mediados del siglo XI y comienzos del XIV, y la población de Inglaterra, de aproximadamente dos millones a cerca de tres y medio en el mismo periodo. Además, hubo considerables mejoras tecnológicas que dieron como resultado un aumento notable de la producción agrícola a partir del siglo XI; aumentó el comercio, brotaron nuevas ciudades y poblados por todo el occidente de Europa.

Estos factores fortalecieron considerablemente la posición económica de los campesinos. Podría pensarse que el aumento de la población habría rebajado el valor del trabajo individual, pero cualquier tendencia en ese sentido fue contrarrestada por los factores económicos que se habían unido para producir el aumento: disponibilidad de tierra, posibilidad de desplazamiento a las crecientes ciudades y poblados y comienzo de una economía del dinero. De hecho, hubo una escasez de mano de obra. Además, el aumento de población contribuyó al surgimiento de la conciencia

de clase entre los campesinos, que en sí misma fue factor importante en la lucha por mejores condiciones de vida y de trabajo.

También la Iglesia, al llevar a cabo la Revolución papal, siguió políticas favorables a los campesinos. Ofreció a los siervos una oportunidad de emancipación mediante su ingreso en las órdenes mayores.[4] Al lanzar la primera cruzada les ofreció una oportunidad de emancipación participando en la Guerra Santa.[5] Además, la Iglesia, que era con mucho el mayor propietario de Europa al poseer tal vez una cuarta parte o más de todas las tierras, a menudo atrajo a campesinos de otros feudos ofreciéndoles mejores condiciones de vida y de trabajo. El escape legal o ilegal a las fincas eclesiásticas favoreció el escape, asimismo, hacia fincas señoriales más benévolas, o a las ciudades, ejerciendo así presión sobre los señores para que atendiesen las quejas de los campesinos.

Aparte de esto, la Iglesia emancipó de manera general a los esclavos en sus propios dominios; con ello y por otros medios contribuyó a la virtual eliminación de la esclavitud campesina en la mayor parte de Europa durante los siglos XI, XII y XIII. (La esclavitud doméstica sobrevivió en algunos lugares.) Esto tuvo el efecto secundario de aliviar a los siervos de la presión de la competencia de una clase aún más humilde. Otra vez se unieron los factores económicos y los ideológicos. Los jefes cristianos habían aceptado antes la esclavitud como un hecho de la vida, mientras enseñaban que había que tratar a los esclavos con humanidad y que la liberación de un esclavo era un acto piadoso y meritorio. Como resultado de la Revolución papal, por primera vez la Iglesia dio una formulación jurídica sistemática a sus opiniones sobre la esclavitud. Adoptó la actitud de que la propia esclavitud no era ilegal, pero que era pecado que un cristiano tuviese como esclavo a otro cristiano.[6] Por ejemplo, en Inglaterra, casi 10% de la población registrada en el *Domesday Book*, poco después de la conquista normanda, era de esclavos. En su mayoría eran pastores y labradores. En las dos o tres generaciones siguientes casi todos recibieron pequeñas parcelas como siervos, y la esclavitud en Inglaterra virtualmente desapareció.[7]

Los siervos europeos en los siglos XI y XII, por primera vez, fueron lo bastante fuertes para correr el riesgo de escapar ilegalmente de sus señores hacia otros que les ofrecían mejores condiciones de trabajo. La época de las difundidas rebeliones campesinas y las manumisiones de siervos en gran escala en Francia, Alemania e Inglaterra no llegó hasta finales del siglo XIII y en el XIV. Sin embargo, en Italia y ocasionalmente en Francia, Alemania e Inglaterra hubo esporádicas rebeliones campesinas y concesiones de cédulas de libertad a los campesinos en el siglo XII y comienzos del XIII. Aparte de estos acontecimientos más notables, entre los años 1050 y 1250, aproximadamente, también mejoró en forma gradual la posición económica del siervo, llegando hasta el punto de que poco a poco se establecieron sus derechos legales básicos. De hecho, en nombre de los derechos legales básicos de los siervos habían ocurrido las rebeliones y las manumisiones.

La mejor manera de apreciar la transformación de la costumbre señorial en un sistema de derecho señorial en los siglos XI y XII es viéndola a la luz de las seis categorías que ya hemos empleado al describir la transformación de la costumbre feudal en un sistema de derecho feudal: *1)* objetividad, *2)* universalidad, *3)* reciprocidad, *4)* adjudicación participatoria, *5)* integración, y *6)* desarrollo.

La objetividad y la universalidad

En los siglos anteriores, los servicios y otras obligaciones de los siervos y otros campesinos fueron de la índole más variada, con relativamente pocas limitaciones impuestas por las normas del derecho consuetudinario. Los servicios más importantes incluían arar los terrenos del señor (tal vez los campesinos tuvieran que aportar las semillas), trabajo semanal (es decir, el deber de trabajar cierto número de días por semana en la morada del señor), el trabajo por dádiva (servicios extra, teóricamente voluntarios, pero en general relacionados con el heno y la cosecha), los servicios de transporte (llevar abastos a la morada del señor, y desde ella), la tala de árboles, el transporte de abono y la reparación de los caminos. El señor era libre de asignar, asimismo, otros trabajos.

Además de los servicios laborales, había varias obligaciones financieras y de otras índoles. El llamado impuesto *per capita (capitagium;* en francés, *chevage),* aunque sólo fuera una cantidad pequeña, era símbolo importante de la condición inferior del campesino. Por lo general, también se cargaba una renta fija de la granja, o *cens*. El señor aplicaba además varios impuestos, regulares y ocasionales, con el nombre genérico de *"tallage"* (del francés *taille*, corte o muesca hecha en un pedazo de madera para registrar el pago del impuesto). A la muerte de un siervo, al señor se le entregarían sus mejores animales y otros bienes *(heriot).* Había numerosas cargas más, servicios y obligaciones que variaban mucho en su incidencia de un lugar a otro y de una época a otra, pero que siempre eran un recordatorio de la condición servil. Un siervo no podía casarse sin autorización de su señor, ni podía alejarse voluntariamente de la finca señorial. Si moría sin herederos, la tierra que había ocupado volvía a manos del señor.

En los siglos XI y XII, estos diversos tipos de servicios y obligaciones fueron sometidos a una regulación considerablemente más precisa. Generalmente llegó a aceptarse que había que poner límites bien definidos a los tipos de servicios que el señor podía exigir, y también a las cantidades de servicios de cada clase. Por ejemplo, el trabajo semanal quedó limitado a un número máximo de días de trabajo por semana, o se le cambió por un pago monetario. También se llegaron a establecer límites sobre una base común, es decir, no sólo para fincas o localidades particulares, sino para todas las fincas dentro de determinada región o país y, en algunos casos, para todas las fincas dentro de la cristiandad (occidental) en conjunto. De

esta manera, el requerimiento de que un siervo recibiera la autorización de su señor para casarse se transformó, por doquier, en el pago de un impuesto *(forismaritagium)* cuando el siervo se casaba fuera de los dominios del señor, y de una composición *(mercheta mulierum*, "mercado de mujeres") cuando casaba dentro de ellos; y el papa Adriano IV, hombre de cuna humilde, declaró que el matrimonio de un siervo, con o sin el consentimiento del señor, era válido e indisoluble.

La conmutación de los servicios y otras obligaciones de los campesinos en pagos monetarios fijos durante los siglos XI y XII, que fue un fenómeno muy difundido por toda Europa, no sólo reflejó la infiltración del dinero en la economía señorial, sino también las tendencias del derecho señorial en ese periodo hacia la objetividad y la universalidad. Sin embargo, el derecho señorial no adquirió, ni con mucho, tan alto grado de objetividad o de universalidad como el derecho feudal, el mercantil, el urbano y el real, para no mencionar siquiera el canónico. Una de las razones pudo ser lo agudo del conflicto de clases en la finca; y, sin embargo, la dominación por el señor habría podido tomar la forma de imposición de su voluntad por medio de normas de derecho objetivas y universales. Una razón más probable es que, por su naturaleza misma, la vida señorial exigía una regulación informal, íntima y difusa, y no un conjunto de normas precisas, específicas, de aplicación general y no discriminatorias. La finca señorial era, en muchos aspectos, como un pequeño clan o aldea, o como una gran casa. Por tanto, lo sorprendente no es la medida en que el derecho señorial respondió a la voluntad y los intereses del cabeza de familia —el señor y su séquito inmediato—, sino, antes bien, el hecho de que adquiriera alguna objetividad y generalidad. El señor o su agente (capataz, administrador o mayordomo) estaba presente, con sus sirvientes, para ejercer su voluntad, por ley o por otros medios. Sin embargo, los campesinos necesitaban legalizar sus relaciones con el señor, aunque sólo fuese para contener el ejercicio arbitrario de su poder. El fortalecimiento del derecho señorial fue, pues, indicio del equilibrio del poder entre los intereses, en agudo conflicto, del señor y quienes lo rodeaban, por una parte, y los de las familias campesinas de la finca, en conjunto, por la otra. También mostró hasta qué punto el sistema señorial recibía su carácter del marco social, económico y político general de la época, marco en que la legalidad desempeñaba un papel principal.

La reciprocidad de derechos de señores y campesinos

Al llegar el siglo XII, todos los campesinos de la cristiandad occidental, incluso los siervos, tenían derechos legalmente protegidos. Entre ellos estaba el derecho de ocupar tierras de su señor, según ciertos términos y condiciones, y el derecho de recibir su protección y patronato. Asimismo, todos

los campesinos tenían derechos consuetudinarios a utilizar las tierras comunales de la aldea, incluso terrenos de pastoreo, vegas y bosques. Además, en casi todas partes de Europa muchos campesinos seguían teniendo virtuales derechos de propiedad en tierras labrantías libres *(alod* o *alodio)*, que habían sobrevivido de tiempos anteriores.

El derecho, hasta de un siervo, de ocupar tierras de un señor era de gran importancia. La finca señorial se dividía en dos partes: la morada del señor, administrada por sus mayordomos y trabajada por sus campesinos, y las propias parcelas de los campesinos, que trabajaban en los días que no se les pedía laborar en la morada del señor. Como lo ha señalado Perry Anderson, este "doble estatuto agrario dentro de la finca" era una de las "especificidades estructurales del feudalismo occidental", y tuvo la importante consecuencia económica de dejar un "margen para que los resultados de la mayor productividad correspondieran al productor directo".[8] Y, más que ello, dio una base legal a la inclinación de los campesinos a distinguir sus propios intereses económicos de los de los señores... y buscarlos.

Además de derechos a la tenencia de la tierra, los campesinos también tenían derechos con respecto al alquiler, impuestos, servicios y otras obligaciones debidas a sus señores. Por regla general, no se podían aumentar estas obligaciones; se les consideraba fijas por la costumbre. Suponíase que las disputas por su carácter y extensión serían resueltas por la ley. En contraste con la relación entre señor y vasallo, la reciprocidad de derechos y deberes de señores y campesinos (incluso siervos) no se logró por medio de protestas individuales de fe ni de otras formas de acuerdo contractual; empero, se daba por sentado que la lealtad de los campesinos se daba, recíprocamente, por la anuencia del señor a atenerse a las concesiones antes otorgadas por él o por sus predecesores, a hacer nuevas concesiones cuando se necesitara, y en general, a tratarlos con justicia.

Cuando los derechos de los campesinos eran violados por sus señores, los que eran libres a veces podían llevar sus quejas por encima del inmediato señor a su superior feudal o a la autoridad real. Rodney Hilton nos habla de una disputa que duró 35 años (de 1272 a 1307), entre aparceros libres y un señor en Staffordshire, Inglaterra. Como la tierra había formado parte de la morada real, los inquilinos apelaron a la Corona, basándose en una costumbre de la época de Enrique II, un siglo antes. Afirmaron estar obligados a pagar sólo una renta fija de cinco chelines anuales, además de ciertos impuestos, mientras el señor afirmaba que le debían una gran variedad de servicios laborales, impuestos en especie, un pesado tributo por muerte de uno de ellos *(heriot)*, *merchet* a la boda de una hija y *leywrite* si ella no resultaba virgen, así como otras obligaciones.[9]

Los remedios legales de los siervos eran más limitados, pues no tenían derecho propio a recurrir a ningún tribunal, salvo al de su señor. Sin embargo, no carecían de protección en el tribunal señorial. Además, contaban con otros medios de ejercer presión sobre su señor para mantener y

aumentar las condiciones favorables del trabajo. Podían hacerle demandas colectivas, incluso la de emanciparlos; la manumisión se volvió cada vez más frecuente, aunque los campesinos a menudo tenían que pagar por ella un alto precio. Asimismo, los campesinos a veces podían apoyar sus demandas con una huelga. Como último recurso, podían huir a otra finca.

Un temprano e impresionante ejemplo de esa presión de grupo fue la deserción en masa de los habitantes de la Île de Ré en Francia, en el siglo XII, causada por la severidad de su señor. Con ello, éste tuvo que hacer concesiones sustanciales para conservar alguna fuerza de trabajo. Para combatir esas presiones, los señores recurrían, con frecuencia, a acuerdos de ayuda mutua para capturar a los siervos fugitivos. Sin embargo, tal vez con la misma frecuencia, competían entre sí tratando de atraer siervos de los dominios circundantes.[10]

Un ejemplo aún más notable de reciprocidad lograda mediante el conflicto de clases y su resolución es el de las cédulas de libertades concedidas por las ciudades comunas italianas a los siervos desde el siglo XII, tras unos levantamientos campesinos. Tales cartas no sólo contenían garantías de rentas y servicios fijos, sino también salvaguardias contra encarcelamientos sin el debido proceso de ley.

Con el tiempo, la deslealtad de los siervos llegó a ser una represalia contra la renuencia —o la incapacidad— del señor para otorgar concesiones o atenerse a las concesiones antes otorgadas. Éste era un análogo informal y extraoficial al derecho de *diffidatio* del vasallo. En los siglos XIV y XV las fugas de campesinos de las fincas señoriales llegarían a tener proporciones catastróficas.[11] Como resultado, se aprobaron leyes que imponían prisión, marca de fuego en la frente y otros severos castigos por abandonar el servicio feudal. En el siglo XV, la ley inglesa prohibió que las personas adscritas a una finca aprendieran un oficio, o que alguien que ocupara tierras por un valor anual menor a 20 libras enseñara un oficio a su hijo. Empero, estas medidas fueron vanas; el sistema señorial fue derrotado en Inglaterra, como en muchas otras partes de Europa, por la deserción de los campesinos.[12] Había terminado la anterior reciprocidad.

La adjudicación participatoria

Dentro de la finca señorial, como en otras unidades políticas de Occidente en la época formativa de la tradición jurídica occidental, el gobierno en toda forma estaba directamente asociado a la adjudicación: es decir, se consideraba que las actividades legislativas y las ejecutivas se fundían, hasta cierto punto, con las judiciales, y eran dirigidas por una institución llamada tribunal. El uso del término "tribunal" en lugar de "legislatura" o "ejecutivo", dado a esta institución, no significa que la creación y aplicación de leyes no fuese vista como función importante del gobierno. De

hecho, los tribunales señoriales, como el tribunal papal y los tribunales reales, señoriales, urbanos y mercantiles, tenían vastas facultades legislativas y ejecutivas dentro de sus respectivas jurisdicciones. Perry Anderson tiene razón cuando dice que "la justicia era la modalidad *central* del poder político", pero se equivoca al suponer que esto fue "impuesto por la parcelación de la soberanía" en el feudalismo, que "excluía todo 'ejecutivo' en el moderno sentido de un aparato administrativo permanente del Estado, para la aplicación de la ley", y que "no dejaba espacio para una 'legislatura' ortodoxa de este último tipo, ya que el orden feudal no poseía un concepto general de la innovación política mediante la creación de leyes *nuevas*".[13] De hecho, sí existía un aparato estatal centralizado en la Iglesia, que, no obstante, era gobernada por la curia papal; y la Iglesia, por medio de la curia papal y de concilios eclesiásticos, sí innovaba creando leyes nuevas. Había avances paralelos en el gobierno real. En realidad, los propios tribunales señoriales no sólo oían y decidían disputas, sino que también aplicaban la ley por medio de un desarrollado aparato administrativo y, de cuando en cuando, también hacían leyes nuevas. La diferencia entre las concepciones de gobierno en el siglo XII y en el XIII no se encuentra en la ausencia entonces, y en la presencia hoy, de las funciones legislativa y ejecutiva, sino antes bien, primero, en la fusión, antaño, y en la separación, hogaño, de esas funciones y, segundo, en la inclusión, entonces, del legislativo y el ejecutivo bajo el adjuticativo. En aquel tiempo, la propia legislatura se consideraba como un proceso de deliberación y de descubrimiento. Suponíase que las leyes eran verdaderas o falsas, justas o injustas y, por tanto, su creación y administración no se distinguían marcadamente de su aplicación en casos de disputa.

La justicia señorial era prerrogativa del señor de la finca, así como la justicia real era prerrogativa del rey y la eclesiástica del papa. "Cada barón es soberano en su baronía", escribió Beaumanoir, mientras que el "rey es soberano en todas partes y por su ley *[droit*, 'derecho'] guarda su reino."[14] También escribió Beaumanoir: "Cada señor tiene todos sus jueces —altos y bajos— en su feudo... Feudo y juez... son lo mismo".[15] Ésta era, desde luego, una exageración, sólo aplicable a los grandes señores. La mayoría de los señores sólo tenían una "baja" justicia. Sin embargo, la justicia del señor lo autorizaba a ejercer una gran variedad de poderes sobre el personal de funcionarios señoriales que, de hecho, constituían su familia, y sobre los campesinos, que constituían la población básica de la finca. Al mismo tiempo, la justicia del señor era un freno considerable al ejercicio arbitrario de su poder y un medio considerable de mantener la reciprocidad del derecho de señores y campesinos.

El mayordomo de la finca, que solía ocupar el lugar del señor en todos los asuntos tocantes al gobierno señorial, habitualmente presidía el tribunal señorial. Otros funcionarios señoriales —el *reeve* (magistrado principal que actuaba como supervisor general), el guardián del heno (que vigilaba las

cosechas del señor), el guardabosques, el recaudador de rentas y otros varios— también participaban en los procesos del tribunal señorial, a menudo como acusadores de quienes habían violado las prerrogativas del señor.

El tribunal mismo consistía en todos los miembros de la finca señorial, desde el señor y su mayordomo hasta el último siervo. Todos eran jueces. Se les llamaba servidores *(suitors)* y se decía que "daban servicio *(suit)* en el tribunal"; en realidad, era una obligación asistir al tribunal y juzgar y, como parte de la obligación, había que pagar una cuota al señor. Poco se sabe de los métodos de votación en el tribunal señorial; los informes que quedan de casos señoriales muestran, en ocasiones, una división de opiniones, pero por lo general la decisión se presenta como la del tribunal unánime. No se hacía distinción entre hombres libres y siervos, ni con respecto al deber y el derecho de juzgar ni con respecto al procedimiento aplicado a ellos cuando entraban en las disputas.

Para que la justicia señorial funcionase, era necesario un alto grado de cooperación entre todos los miembros de la finca. Pero esa cooperación también se requirió en todo el sistema de agricultura en Europa a finales del siglo XI y en el XII. Aquí muchos historiadores, concentrándose en la desigualdad de condición y privilegio entre señores y campesinos, han pasado por alto otros aspectos del modo y las relaciones de producción, que eran no menos importantes. Según el sistema de campo incercado, la tierra labrantía solía dividirse en fajas largas y estrechas, sumamente dispersas entre las varias familias campesinas. Para dar un empleo racional a los animales al arar las fajas adyacentes, que pertenecían a distintos inquilinos, y para programar la época de sembrar y cosechar evitando conflictos, era necesario que los campesinos se pusieran de acuerdo en los métodos de trabajo. Asimismo, la propiedad común de las tierras de pastoreo, los llanos y los bosques, requería un acuerdo con respecto a su aprovechamiento. Además, el sistema de rotación de cultivos permitía que las tierras labrantías fuesen periódicamente convertidas en tierras de pastoreo, para que en ellas pastaran todos los animales de la finca y la fertilizaran.[16] De este modo, el propio sistema de campo incercado exigía un altísimo grado de cooperación entre todos los miembros de la finca. Como escribe Hilton, el hecho de que la aldea (o la finca) con frecuencia fuese llamada "comunidad" y sus miembros "vecinos" no era "cuestión de sentimiento, sino de hecho. El cultivo de campo incercado significaba que el perjuicio a un hombre era un perjuicio a todos, incluso al señor". Hilton cita un caso en que siete personas fueron acusadas de no cuidar bien sus cercados, causando daños a los cereales (trigo) del abad y de "otros vecinos".

> Éstas eran las cercas que cada inquilino que tenía parcelas en el perímetro de los campos abiertos debía cuidar mientras crecía el trigo, para impedir que se metieran los animales, no sólo en su propio trigo, sino, como los campos estaban abiertos, en el trigo de todos los que tenían parcelas en ese mismo campo.[17]

Se consideraba que las reglas y los procedimientos para mantener la cooperación en éstos y otros asuntos constituían la costumbre de la finca señorial. Si sufrían daño los bueyes de tiro, si no se fertilizaba una tierra labrantía, si una persona no ayudaba a recoger la cosecha, entonces en el tribunal podía invocarse la costumbre de la finca contra el delincuente. De manera semejante, si una persona golpeaba o difamaba a otra, o no pagaba los bienes que había comprado, o violaba su promesa de construir un cobertizo para otra, o calumniaba a otra, la víctima podía quejarse en el tribunal señorial.[18]

Vemos así que la complejidad misma de la autorregulación comunal de la economía señorial hizo surgir una gran variedad de tipos de asuntos civiles y penales, que tenía que resolver la justicia señorial. Además, se imponían multas por violación de los derechos del señor y por meterse en sus tierras, robar sus cosechas o no desempeñar los servicios laborales o no pagar los impuestos que se le debían.

Todas estas cuestiones eran decididas por el tribunal señorial por votación de todos los participantes. Podría suponerse que el poder del señor y de sus funcionarios era tal, que podría influir el resultado en su favor. Y, sin embargo, se habla de casos en que sus intereses no fueron protegidos. Por ejemplo, a veces ocurrió que los campesinos demandaron —con éxito— tierras que el señor había alquilado a otros. En un caso, el señor de la finca había tratado de privar a un siervo de ciertas tierras, por motivo de que las parcelas del siervo eran más que las que tenía derecho; el siervo sostuvo que él y otros aparceros en situación comparable "de todo tiempo estaban acostumbrados a tener varias parcelas sin multa ni licencia ni queja", y que estaba "dispuesto a verificarlo por el homenaje [es decir, por todos los aparceros de la finca] u otros medios legales que sean necesarios". Y concluye el informe de este caso: "La cuestión queda en suspenso hasta que pueda hacerse una consulta más completa, etc.".[19] Además de los casos que afectaban directamente los derechos de propiedad del señor, había muchos casos en que el tribunal señorial fuese por juicio de toda la comunidad de aparceros o por juicio de una investigación o jurado, ofreció remedios contra el capataz del señor y otros funcionarios.[20]

El tribunal señorial no sólo juzgaba cuestiones disputadas e imponía multas por delitos, sino que también decretaba regulaciones y reglas para administrar la economía señorial. Al parecer, en los siglos XI y XII estas regulaciones y reglas no estaban escritas; en Inglaterra no se han descubierto registros de ellas antes del segundo cuarto del siglo XIII. Sin embargo, desde entonces hay abundantes registros de *by-laws* y de "ordenanzas", que regulaban el uso de prados y campos comunes, la recolección de cereales y otras cosechas (incluso espigueo por los pobres), el cuidado de puertas y cercados, el amarrar los caballos y demás bestias, la transición estacional de un tipo de uso de la tierra a otro y otras cuestiones que afectaban la economía comunal. Estas regulaciones eran emitidas periódicamente por todos los

miembros de la finca actuando en colectividad como servidores del tribunal señorial. Característicamente, tales regulaciones comenzaban con la expresión "ordenado con consentimiento de todo el homenaje", u "ordenado por todos los aparceros, libres y serviles", o bien "ordenado por el señor y los aparceros". Se hacía gran hincapié en la protección de los derechos de propiedad del señor; pero el principal énfasis era en la organización del trabajo de la finca, que incluía la protección de los derechos de todos los aparceros, siervos y libres contra la injustificada intromisión de otros.[21]

Integración y desarrollo

Aunque había muchos rasgos interrelacionados del derecho señorial que ayudaban a darle un carácter de un sistema integrado de reglas y procedimientos, carecía, sin embargo, del alto grado de coherencia lógica y de carácter de los principios conscientes del derecho canónico, y ciertamente del derecho romano que se enseñaba en las universidades. En realidad, el derecho señorial era derecho consuetudinario, es decir, en gran parte no estaba escrito (o, más precisamente, no estaba aplicado). Sin embargo, aun comparado con el derecho feudal, que también era en gran parte consuetudinario, el derecho señorial estaba mucho menos conscientemente integrado, era mucho más partícularista y difuso. Esto se refleja en la ausencia de escritos profundos de la época sobre derecho señorial. Parece que muy pocos juristas profesionales se preocuparon por su desarrollo.

La relativa falta de refinamiento del derecho señorial también depende del hecho de que tomaba parte de su carácter de los otros sistemas de derecho que limitaban con él. Cuando el tribunal señorial decidía, por ejemplo, casos de calumnia, habitualmente lo hacía aplicando —tal vez de manera muy cruda y primitiva— el derecho canónico; cuando decidía casos de asalto o robo o transgresión inmobiliaria o de muebles, por lo general imitaba el derecho de delitos civiles y el derecho penal de la localidad, el ducado o el principado en que se encontrara; cuando decretaba leyes concernientes a los derechos y los deberes anexos a tenencia de tierra de los campesinos, tomaba muchos conceptos del derecho feudal (es decir, el derecho entre señor y vasallo). Además, el procedimiento en los tribunales señoriales era poderosamente influido por el derecho local. En pocas palabras, no esperaríamos encontrar en estos tribunales innovaciones en las ramas del derecho que por entonces estaban siendo desarrolladas por otros sistemas jurídicos.

Y, a pesar de todo, sí hubo ciertos elementos distintivos del derecho señorial que recibieron una formulación jurídica consciente en términos de principios y conceptos. En los siglos XI y XII por vez primera se formularon los conceptos legales de la servidumbre. A los siervos se les llamó *glebae adscriptae* ("siervos de la gleba"). Esto significa que no podían abandonar la tierra, salvo en ciertas condiciones. También significaba que no podían

ser expulsados, también salvo en ciertas condiciones. Perry Anderson ha escrito que el primer uso del término *glebae adscriptae* en los siglos XI y XII reflejó un característico "retraso" en la "codificación jurídica de las relaciones económicas y sociales" que existían ya desde hacía siglos.[22] Pero el nuevo término legal modificó en realidad la situación prexistente, aunque sólo fuese por darle un nuevo carácter legal. En adelante, la situación de los siervos quedó legalmente definida, lo que significó que la servidumbre se volvió cuestión de derechos y deberes, y no sólo cuestión de hábito, voluntad y poder de negociación. Por una parte, el señor tenía derecho a muchas cosas que antes solían debatirse. Por otra parte, los deberes del siervo, legalmente clasificados en términos de servicios laborales específicos, alquileres en especie y pagos habituales, quedaron fijados y ya no podían ser legalmente modificados o aumentados por el señor.

Más aún, al siervo se le dio la posibilidad de comprar su libertad; podía volverse hombre libre según el proceso legal de manumisión. Éste incluía, típicamente, una ceremonia simbólica o carta escrita, otorgada a condición del pago inmediato de una suma de dinero o de un compromiso perpetuo, que también afectaba a sus herederos, de pagar ciertas cantidades o prestar ciertos servicios.

Esto no quiere decir que el siervo no siguiera siendo pobre y oprimido. Sólo pretende decir que había adquirido derechos según un sistema de derecho. En adelante, era una persona, un miembro de la comunidad señorial, parte de "todo el homenaje".[23] Coexistía en la finca señorial con campesinos libres, con otros hombres libres que tenían ciertas formas de tenencia que sólo incluían servicios honorables, con funcionarios señoriales, caballeros, el señor de la finca y su familia, miembros todos ellos de una comunidad dividida por categorías, pero unida como servidores en el tribunal señorial, es decir, como ciudadanos de la finca. Esta unidad fue el fundamento del derecho señorial. Estaba vinculada con el modo mismo de producción, el sistema de agricultura de campo incercado.

La unidad de la finca señorial se reflejaba en la capacidad de sus habitantes, a veces en lo colectivo, a veces en lo individual, de alquilarla al señor y disponer de ella a voluntad. Entre finales del siglo XI y los siglos XIV y XV, tales alquileres se fueron haciendo cada vez más comunes. Constituían una solución para los señores que se veían cada vez más apremiados por demandas, levantamientos y deserciones de los campesinos.

También las definiciones legales de la obligación campesina tuvieron consecuencias económicas importantes, pues contribuyeron a la tendencia de sustituir los servicios y las rentas en especie por pagos fijos en dinero. Dado que una tendencia similar a cambiar los servicios por obligaciones monetarias caracterizó las relaciones feudales legales entre vasallos y señores, el señor de la finca tenía un interés en cobrar a sus inquilinos un ingreso suficiente para poder cumplir con sus obligaciones con su superior. Ya en el siglo XIII en muchas partes de Europa, si no en todas, las fin-

cas señoriales fueron consideradas como empresas productoras de ingreso, y se nombró a personas para administrarlas, con la obligación de cobrar y pagar el ingreso requerido llamado *firma* o *feorm*, de donde se deriva la palabra inglesa *farm* (granja). Además, los *farmers* (granjeros o arrendadores), responsables de los rendimientos fijos, a menudo eran remplazados por administradores profesionales, de quienes se esperaba que llevaran al máximo las ganancias económicas señoriales y que rindieran cuentas anuales. De este modo, la conversión gradual de los campesinos en arrendatarios (o bien, en trabajadores contratados) estuvo relacionada con la gradual transformación de la propia finca, que dejó de ser una comunidad para convertirse en un negocio; y estos dos procesos estuvieron vinculados a la creciente reificación de los derechos y las obligaciones feudales (entre señor y vasallo) y los derechos y las obligaciones señoriales (entre señor y campesino).

Estos avances no ocurrieron, desde luego, uniformemente por toda Europa, aunque en todas partes hubo un proceso general de absorción de la finca señorial por los campesinos. Sin embargo, en Francia y en la Alemania occidental la nobleza logró mantener una dominación cuasi señorial sobre todas las clases que vivían dentro de sus jurisdicciones privadas, fuesen aparceros o no. Esto se logró, básicamente, por medio de incontables pequeños impuestos y servicios *(bonalités, corvées* y otros), ninguno de los cuales, por sí solo, era excesivamente oneroso, pero tomados en conjunto resultaban sumamente opresivos. Incluían: pagos por exprimir uvas en las prensas de vino del señor, cocinar pan en la estufa del señor y moler trigo en su molino, sobre todos los cuales los terratenientes conservaban el monopolio; servicios laborales reparando caminos, construyendo puentes y similares; y alcabalas en los caminos, ferias y mercados, peajes por la transferencia de tierras y bienes, y otras diversas cargas e impuestos.

A pesar de todas éstas y de muchas otras variaciones, en las diversas regiones y distintos países el derecho señorial pasó por la misma pauta general de desarrollo por todo el Occidente, durante el periodo transcurrido entre los siglos XI y XV. Este hecho notable prueba el concepto occidental del derecho señorial como cuerpo integrado de conceptos y de procedimientos. También demuestra el concepto, relacionado con el anterior, del derecho señorial como sistema capaz de tener un desarrollo gradual. Como en el derecho feudal, también en el señorial las características atribuidas al sistema se volvieron tendencias del sistema, y estas tendencias se realizaban por sí solas. El desarrollo, en cuanto se creía en él, se volvía inevitable. Los conceptos e instituciones del derecho señorial tuvieron una cierta vida propia, que era tan "básica" y tan parte de la infraestructura como la economía de la producción y distribución de bienes. Aun así, resulta asombroso que pese a la extrema diversidad de las condiciones locales, el derecho señorial pasara por los mismos avances generales de etapa a etapa virtualmente por cualquier parte en Europa occidental.

Tal vez la etapa más significativa de este desarrollo fuese la difundida emancipación de los siervos en los siglos XIII, XIV y XV, que debe verse, en parte, como culminación de la mayor legalización de las relaciones entre señor y campesino, introducida a finales del siglo XI y en el XII. Aquí, el derecho señorial entró en tensión con el feudal, pues según este último la emancipación de un siervo por su señor sólo podía lograrse con el consentimiento del superior del señor y sin ese consentimiento un siervo cuyo señor lo hubiese emancipado simplemente revertía al superior, y el señor que había concedido la emancipación tenía prohibido volver a reclamarlo.[24] Así, para que un siervo comprara su libertad era necesario que pagase a su señor inmediato y, a la vez, a todos los superiores en la cadena feudal. No obstante, a la larga, las circunstancias tanto económicas como legales favorecieron la emancipación. En muchos lugares, la resistencia de los señores superiores a liberar a los siervos fue contrarrestada por un poderoso movimiento de emancipación colectiva. En Italia, la iniciativa provino de comunas urbanas cuyo motivo era, en parte, aumentar el número de contribuyentes libres y, en parte, atraer a los trabajadores de los campos; desde 1256-1257, Bolonia emancipó a todos los siervos que había en su jurisdicción. En Francia, la iniciativa provino de la propia Corona, cuyo motivo era, en parte, obtener ingresos de los pagos de emancipación y, en parte, calmar las inquietudes campesinas y contener las revueltas campesinas que eran endémicas en Francia, así como en Inglaterra, Italia, España y otros lugares. De este modo, en 1290 y de nuevo en 1310, los reyes de Francia ofrecieron la libertad a los siervos en varias tierras de la Corona... por un precio. Para 1450 se había abolido la servidumbre en la mayoría de las partes occidentales de Europa, aunque no en las regiones centrales y orientales.

Sería un profundo error descontar los aspectos morales y legales de la emancipación, pues no sólo fueron las estrecheces económicas de la servidumbre las que hicieron que los campesinos europeos se rebelaran durante los siglos XIII, XIV y XV, sino también las crasas injusticias de su servidumbre. En la época que siguió a la Revolución papal, entablada en nombre de la libertad de la Iglesia, y especialmente del clero, no es sorprendente que también otras entidades y otras clases exigieran su libertad. Un grito revolucionario de libertad en los siglos XII y XIII fue el de libertad para las ciudades. Al mismo tiempo, se elevó el grito de libertad para los campesinos, que aumentó de volumen en el siglo XIV y, en ese marco, se dijo que la libertad era la condición natural de todos los hombres. Por ello, al declarar la emancipación de los siervos de Bolonia en 1256-1257, las autoridades de la ciudad declararon que la servidumbre era una consecuencia de la caída del hombre, y que el estado natural del hombre era la libertad. De manera similar, al proclamar la liberación de los siervos en ciertas tierras de la Corona en 1315 y 1318, los reyes Luis X y Felipe *el Largo* de Francia declararon, en un lenguaje que encontraría eco en siglos ulteriores:

> Como según la ley de la naturaleza todos deben nacer libres, pero por ciertos usos y costumbres de gran antigüedad conservados en nuestro reino... y tal vez, acaso, por las fechorías de sus predecesores, muchas personas de nuestro pueblo común han caído en las cadenas de la servidumbre y en varias condiciones que mucho nos disgustan, considerando que nuestro reino es llamado el Reino de los Francos... hemos ordenado... que estas servidumbres sean llevadas a la libertad, y a aquellos que por nacimiento o por larga costumbre o recientemente por matrimonio o residencia, hayan caído en la condición servil, o pudieran caer, se les dé la libertad en términos buenos y convenientes.[25]

Aun si suponemos que los reyes de Francia eran hipócritas, éstos estaban apelando a ideales y valores que eran comúnmente compartidos. Sin duda, los campesinos habrían convenido en que la servidumbre iba en contra de la ley de la naturaleza, que por ley de naturaleza "todos debieran nacer libres" y que la libertad era el estado natural del hombre. No cabe duda de que los campesinos también esperaban que la abolición de la servidumbre les daría una mejor vida económica. Pero aun si esa esperanza resultó infundada se requirió la emancipación. La requirió el orden moral del universo.

A pesar de todo, esta convicción no fue, simplemente, producto de una teoría del derecho natural. Fue, en mucho mayor grado, producto de la experiencia histórica, en especial de la experiencia del desarrollo del derecho señorial a finales del siglo XI, el XII y comienzos del XIII. La concesión de una personalidad legal a los siervos dentro de la finca señorial, es decir, reconocerlos como "ciudadanos" de la comunidad señorial, con el derecho y el deber de litigar en el tribunal, fue, en sí misma, un desafío implícito a la servidumbre mucho antes de que surgiera ningún movimiento para abolirla. A su vez, este desafío fue apoyado por la creencia y la experiencia de la integridad y el desarrollo de los sistemas legales, incluyendo el sistema de derecho señorial. La creencia en la *integridad* del derecho señorial y su experiencia exigieron que se tratara a los siervos en igualdad con los campesinos libres. La creencia en el *desarrollo* del derecho señorial y su experiencia exigieron que, al correr del tiempo, esa igualdad recibiese plena expresión legal.

De este modo, fue la conciencia de la injusticia de la servidumbre en un sentido legal, su ilegalidad básica, aunada a una fe en la capacidad de corregir esa injusticia por medio de la ley, la que cambió el simple hecho de la explotación económica de los siervos en una causa social y política en que, con el tiempo, podrían unirse miembros de todas las clases.

XI. EL DERECHO MERCANTIL

Como para el derecho feudal y el señorial, también para el mercantil el periodo decisivo de cambio fue el final del siglo XI y el siglo XII. Fue entonces cuando se formaron los conceptos y las instituciones básicos del moderno derecho mercantil occidental —*lex mercatoria* ("ley mercantil")— y, lo que es aún de mayor importancia, fue entonces cuando por vez primera en Occidente llegó a ser visto el derecho mercantil como un sistema integrado y en desarrollo, un *cuerpo* de derecho.

Los cambios ocurridos en el derecho mercantil fueron aún más notables que los cambios del derecho feudal y señorial: en los siglos IX y X habían estado muy difundidas las relaciones informales, feudales consuetudinarias y señoriales, aunque no se les había dado aún expresión jurídica sistemática, mientras que, desde la decadencia del Imperio romano de Occidente, las relaciones comerciales sólo habían existido en escala muy limitada. Desde luego, el comercio nunca había cesado por completo. Mercaderes itinerantes continuaban vendiendo algunos productos agrícolas; también compraban y vendían pequeños artículos de lujo y artesanías locales. Asimismo, existían ferias y mercados, aunque no fuesen muy abundantes, y de la época romana sobrevivían algunas ciudades, especialmente puertos de mar. No obstante, el Imperio franco, en contraste con el Imperio romano, no constituía una civilización mediterránea con abundante tráfico marítimo, sino una economía centrada en la tierra, encerrada —según la expresión de Henri Pirenne, "embotellada"— por todas partes, por normandos, árabes, magiares y eslavos. También en contraste con el Imperio romano, la economía occidental entre los siglos VI y X no se basó en miles de ciudades, sino si acaso, en unas cien mil aldeas y señoríos agrarios. En el año 1000, sólo unas dos docenas de ciudades de Europa occidental tenían más de algunos miles de habitantes, y probablemente sólo Venecia y Londres tenían más de diez mil. (Constantinopla, en cambio, tenía una población de cientos de miles, posiblemente de un millón.)

Luego, en los siglos XI y XII, ocurrieron una rápida expansión de la producción agrícola y un asombroso aumento del tamaño y número de las ciudades. Al mismo tiempo, surgió una nueva clase de comerciantes profesionales, que efectuaban transacciones comerciales en gran escala, tanto en los campos como en las ciudades. Básicamente para satisfacer las necesidades de la nueva clase de comerciantes tuvo que desarrollarse un nuevo cuerpo de derecho mercantil.

Aunque el florecimiento del comercio y el desarrollo del derecho mercantil estuvieran directamente conectados con el surgimiento de las ciu-

dades y la evolución del derecho urbano, también tuvieron un importante aspecto no urbano. El intensificado comercio en los campos fue, al principio, resultado de la "revolución agrícola" y no de la "revolución urbana"; en realidad, el crecimiento de la agricultura fue requisito previo al crecimiento de las ciudades. Este hecho tiene importancia para la teoría social y económica, porque refuta la escuela de pensamiento que postula que las relaciones agrícolas son, por sí mismas, inevitablemente estáticas, y que sólo desde el exterior se puede introducir un desarrollo comercial en una sociedad agrícola. También tiene importancia para la historiografía social y económica, pues refuta la escuela de pensamiento que postula que en Occidente una "edad capitalista" sucedió, con el tiempo, a una "edad feudal". De hecho, en los siglos XI y XII, un comercio extensivo coexistió con el modo de producción señorial y con relaciones sociales y políticas feudales. El recién surgido sistema de derecho mercantil —derecho capitalista por excelencia— fue contemporáneo de los sistemas occidentales de derecho feudal y señorial.

Aun dejando aparte estas implicaciones teóricas e historiográficas, el desarrollo del derecho comercial occidental en los siglos XI y XII debe verse en el marco del comercio en los campos y no sólo en el marco del comercio en las ciudades. Por ejemplo, comerciantes ingleses que vivían en los campos compraban algodón de los señoríos y lo vendían a mercaderes flamencos, quienes lo distribuían a hilanderas y tejedores que los trabajaban en sus hogares en los campos de Flandes; los mercaderes flamencos, a su vez, vendían paños de Flandes en las ferias internacionales de Inglaterra. Este tipo de comercio, que desempeñó un papel importantísimo en la economía de la Europa septentrional de los siglos XI a XV, estuvo gobernado por un cuerpo general de derecho europeo, el derecho mercantil, que también gobernaba el comercio entre ciudades y el de ultramar; por ejemplo, la venta de cristal de Colonia a París, la venta de artículos de cuero o hierro forjado de Florencia a Bari, la venta de especias orientales o de granos de Marruecos, por una empresa conjunta de mercaderes genoveses a comerciantes de Londres. El derecho mercantil gobernaba no sólo la venta en sentido estricto, sino también otros aspectos de las transacciones comerciales, incluso el transporte, el seguro y el financiamiento.[1]

El surgimiento de una clase mercante fue requisito indispensable para el desarrollo del nuevo derecho mercantil. Antes del siglo XI, el mercader había sido una figura relativamente aislada en Europa occidental. Habían existido ocasionales mercaderes judíos, sirios y griegos, que viajaban por tierra y por mar entre Este y Oeste. Los mercaderes originarios de Europa occidental habían sido, en gran parte, vendedores itinerantes ("hombres de a pie"), que iban de ciudad en ciudad, de aldea en aldea, de señorío en señorío. También no profesionales ejercían el comercio: señoríos, conventos o aldeas (por ejemplo, aldeas de pescadores) enviaban representantes a vender sus bienes a varias partes de Europa.

La transformación de la agricultura en los siglos XI y XII creó la oportunidad y a la vez la necesidad de una rápida expansión de la clase mercante. Había grandes excedentes agrícolas que vender. Al mismo tiempo, hubo un gran aumento de la población, del que surgieron comerciantes. Sin embargo, el desarrollo del derecho feudal y señorial prohibió que señores feudales o miembros del señorío se dedicaran al comercio de tiempo parcial; el hecho de ser señor o campesino —o mayordomo u otro funcionario señorial— se había vuelto una ocupación permanente, de tiempo completo: una posición social. Sin embargo, también existía la posibilidad legal o ilegal del éxodo en grande escala de campesinos de los señoríos. Muchos ex campesinos se volvieron vendedores itinerantes, y muchos más fueron a las nacientes ciudades, donde se volvieron comerciantes o artesanos. Además, hijos de la nobleza inferior empezaron a abandonar los campos y a entrar en las ciudades para dedicarse a la manufactura o al comercio. En Italia y en algunas otras partes de Europa, aun la alta nobleza a veces abandonó la producción agrícola por el comercio, especialmente en grande escala, y las finanzas.

Es difícil determinar la escala exacta de la emigración de los campos a las ciudades de Europa. Todavía más difícil es precisar la escala exacta del crecimiento de la clase mercantil dentro y fuera de las ciudades. Sin embargo, podemos calcular que mientras en el año 1050, de una población total de cerca de veinte millones, algunos cientos de miles de personas en Europa occidental vivían en algunos centenares de ciudades (pocas de las cuales tenían más de unos cuantos miles de habitantes), para el año 1200, de una población total de cerca de cuarenta millones, algunos millones de personas vivían en algunos miles de pueblos y ciudades (muchos de los cuales contaban con poblaciones de más de veinte mil, y algunos tenían poblaciones de más de cien mil). En suma, la población total se duplicó aproximadamente, y la población urbana aumentó de tal vez 1% a tal vez 10% del total. Con respecto al número de comerciantes, puede calcularse que mientras en el año 1050 la clase mercantil de Europa occidental se contaba por miles, para el año 1200 se contaba por cientos de miles.[2]

Al hablar del trasfondo social y económico del desarrollo del nuevo sistema de derecho mercantil, existe el peligro de concentrarse en los factores tecnológicos y demográficos olvidando los políticos y religiosos, que también desempeñaron un papel importante en lo que se ha llamado "la revolución comercial".[3] Desde luego, los factores políticos y religiosos estuvieron interrelacionados con los tecnológicos y demográficos, y también entre sí. Las cruzadas y el movimiento de colonización —que constituyeron los programas militares y económicos extranjeros de la Revolución papal— favorecieron el comercio a larga distancia, tanto por tierra como por mar. El papado también intentó extender su autoridad por el Este, por tierra y por mar. Al mismo tiempo, la nueva teología del partido

papista subrayó la misión de la Iglesia: reformar y redimir las actividades seculares.

Existe, asimismo, el peligro de considerar ese derecho siempre como consecuencia del cambio social y económico, y nunca como parte constitutiva de dicho cambio, y en ese sentido, como causa de él. De hecho, la nueva jurisprudencia de fines del siglo XI y del XII ofreció un marco para institucionalizar y sistematizar las relaciones comerciales de acuerdo con nuevos conceptos de orden y justicia. Y sin recursos jurídicos nuevos, como las letras de cambio negociables y las sociedades de responsabilidad limitada, sin la reforma de las anticuadas costumbres comerciales del pasado, sin tribunales mercantiles ni legislación mercantil, otras presiones sociales y económicas en favor del cambio no habrían encontrado solución. De este modo, la revolución comercial ayudó a producir el derecho comercial, pero también el derecho comercial ayudó a producir la revolución comercial. En realidad, lo que ocurrió fue una transformación revolucionaria no sólo del comercio, sino de toda la sociedad; en esa transformación total, el derecho comercial, como el feudal y el señorial, encontró sus orígenes y, como ellos, derivó de allí su carácter.

La religión y el surgimiento del capitalismo

Aunque muchos historiadores han mostrado que el capitalismo comercial de Occidente no se originó en los siglos XVI y XVII, como comúnmente se supone, sino en los siglos XI y XII —en el apogeo del modo señorial de producción y de las relaciones de clase feudales—, sin embargo, muchos de los mismos historiadores han seguido perpetuando la idea de que la enseñanza cristiana anterior a la Reforma siguió oponiéndose fundamentalmente al móvil del lucro. De este modo, el gran historiador francés de la sociedad y la economía, Henri Pirenne, escribió que "en el vigor y la relativa rapidez de su desarrollo [el capitalismo comercial en el siglo XII] puede ser comparado, sin exageración, con la Revolución industrial del siglo XIX"; y, sin embargo, en el mismo párrafo observó que "la actitud de la Iglesia... hacia el comercio [fue] no sólo pasiva, sino activamente hostil".[4] En otra página, Pirenne citó, como característica de la Baja Edad Media, esta afirmación: "El comerciante rara vez o nunca puede complacer a Dios".[5] Las prohibiciones eclesiásticas contra la especulación y el préstamo con interés (usura) y la doctrina del precio justo han sido citadas por Pirenne y por otros para mostrar la supuesta oposición de la Iglesia al surgimiento del capitalismo.

Se nos ofrece así una sorprendente paradoja: se dice que el *spiritus capitalisticus* (como lo llamó Pirenne) se originó en una época en que el sistema prevaleciente de creencias hacía el mayor énfasis en los aspectos místico y ascético de la vida y en las recompensas y castigos en el más allá.

Más aún, el sistema prevaleciente de creencias era apoyado por toda la autoridad moral y legal de una jerarquía eclesiástica omnipotente... Y, sin embargo, de hecho, el comercio floreció.

Se han dado varias explicaciones que podrían resolver esta paradoja. Primero, se ha dicho que la insistencia de la Iglesia en una filosofía moral anticomercial fue un reflejo de su propia posición económica de gran terrateniente feudal y su propia identificación con una civilización agrícola conservadora.[6] En segundo lugar, se ha dicho (sin notar siempre la contradicción) que la Iglesia no trató seriamente de poner en práctica su doctrina del pecado del móvil de lucro, sino que, por lo contrario, introdujo toda una vasta gama de excepciones o, simplemente, cerró los ojos ante las violaciones. Esto permitió a la Iglesia obtener los beneficios de su propia actividad comercial, y también justificó muchas de las prácticas de la clase mercantil.

Estas explicaciones y otras similares dejan sin respuesta la pregunta de cómo fue posible crear un sistema económico cuyas premisas fundamentales contradecían la ideología prevaleciente, y cómo fue posible mantener durante más de cuatrocientos años el predominio de una ideología cuyas premisas fundamentales entraban en conflicto con el sistema económico. Otra manera más de presentar las cosas consiste en preguntar cómo fue posible que dos sistemas económicos en conflicto —feudalismo y capitalismo— coexistieran en una sociedad cuyos jefes se dedicaban a la perpetuación de un solo sistema de creencias que tenía total congruencia interna.

A pesar de todo, estas preguntas surgen de un concepto de la relación de la doctrina cristiana con el desarrollo del capitalismo comercial, que está basado en una deformación no sólo del pensamiento católico romano entre el periodo transcurrido entre finales del siglo XI y el XV, sino también del pensamiento protestante en los siglos XVI y XVII. Es erróneo suponer que el pensamiento católico romano era fundamentalmente ascético y centrado en el otro mundo. De hecho, a finales del siglo XI y durante el XII, la teología católica rompió con el ideal predominantemente ascético y centrado en el otro mundo que antes había prevalecido, y que aún prevalece en gran parte de la ortodoxia de Oriente. También se implica, erróneamente, que la "ética protestante" de Lutero o de Calvino era más mundana, más racionalista, más individualista y, por ello, más compatible con la empresa capitalista que las enseñanzas morales católicas. Esta errónea concepción merece ser examinada por separado. Sin embargo, debe notarse que escritores como Max Weber y R. H. Tawney, que han subrayado la interconexión de capitalismo y protestantismo, también han supuesto que el capitalismo y el feudalismo eran mutuamente contradictorios, que el capitalismo sucedió, con el tiempo, al feudalismo, y que el capitalismo en Occidente se originó en el siglo XVI.[7]

Si lo cierto es lo opuesto —a saber, que en los siglos XI y XII (y durante algún tiempo después) capitalismo y feudalismo fueron esencialmente

compatibles y, en realidad, dependieron uno del otro—, entonces queda allanado el camino para reexaminar la moral económica enseñada por la Iglesia occidental desde un diferente punto de vista. Lo que puede parecer hipocresía a quien cree en el antagonismo fundamental de los valores agrario-feudales y capitalista-comerciales, puede parecer un compromiso legítimo a quien crea que son fundamentalmente reconciliables.

La Iglesia occidental de finales del siglo XI y del XII —en contraste con la Iglesia de Oriente, y también en contraste con toda la Iglesia en el Este y el Oeste antes de la Revolución papal— creía en la posibilidad de reconciliar la actividad comercial con una vida cristiana, así como creía en la posibilidad de reconciliar la actividad agraria con una vida cristiana. Su actitud moral hacia los mercaderes ricos no difirió esencialmente de su actitud moral hacia los terratenientes ricos. Siguió enseñando las palabras de San Pablo, que

> la raíz de todos los males es el afán de dinero... a los ricos de este mundo recomiéndales que no sean altaneros ni pongan su esperanza en lo inseguro de las riquezas, sino en Dios, que nos provee espléndidamente de todo para que lo disfrutemos; que practiquen el bien, que se enriquezcan de buenas obras, que den con generosidad y con liberalidad *[1 Tm* 6:10, 17, 18].[8]

La vida monástica, en que se renunciaba no sólo a las riquezas, sino a todos los valores de "este mundo", continuó siendo considerada la más cercana al Reino de los Cielos. Pero, con excepción de unas cuantas voces, la Iglesia occidental de finales del siglo XI y del XII no sólo no denunció el dinero o las riquezas como tales, sino que en realidad alentó la búsqueda de dinero o riquezas siempre que esa búsqueda se hiciera para ciertos fines y de acuerdo con ciertos principios. Las actividades seculares de quienes se dedicaban a la empresa comercial debían ser organizadas de tal manera que las redimiera del pecado de avaricia. Los comerciantes debían formar gremios que tendrían funciones religiosas y que mantendrían ciertas normas de moral en las transacciones comerciales. Esto era congruente con el nuevo hincapié de la Iglesia en la Encarnación, y en la encarnación de lo espiritual en lo secular. De este modo, la Iglesia-Estado puso un ejemplo a la ciudad-Estado, y el derecho eclesiástico puso un ejemplo al urbano y al mercantil. El comercio legítimo basado en la buena fe debía distinguirse del comercio ilegítimo basado en la avaricia, y el comercio basado en la satisfacción de las necesidades legítimas debía distinguirse del comercio basado en el interés egoísta o en el dolo; los legítimos cargos por interés debían distinguirse de la usura; el precio justo debía distinguirse del precio injusto.[9]

Pirenne señaló, acertadamente, el problema del "desarraigo" de los nuevos moradores de las ciudades en el siglo XII.[10] Habían dejado la vida bien estructurada y profundamente arraigada de la aldea y del señorío para entrar en relaciones más laxas y superficiales de la manufactura y el

comercio. Sin embargo, Pirenne pasó por alto los pasos dados para resolver ese problema mediante la transformación de gremios artesanales y mercantiles estrechamente relacionados y el establecimiento de un marco moral y jurídico relativamente severo para la sociedad urbana en general.

Desde el punto de vista de la teoría social cristiana que prevaleció en el periodo formativo de las instituciones comerciales de Occidente, las actividades económicas de los mercaderes, como otras actividades seculares, ya no serían necesariamente vistas como un "peligro para la salvación". Por el contrario, se les consideraría como un camino a la salvación si se efectuaban de acuerdo con los principios establecidos por la Iglesia. Y estos principios se encontraban detallados en el derecho canónico. Desde el punto de vista de la Iglesia, se suponía que el derecho creado por los comerciantes para regular sus propias interrelaciones, la *lex mercatoria,* reflejaba y no contradecía el derecho canónico. Los comerciantes no siempre estuvieron de acuerdo. Sin embargo, no negaban que la salvación de sus almas dependía de que conformaran sus prácticas a un sistema de derecho basado en la voluntad de Dios tal como se manifestaba en la razón y la conciencia.

De este modo, la actividad social y económica de los comerciantes no fue excluida de la esfera de las cuestiones morales. Se desarrolló así una moral social y económica que pretendía guiar las almas de los comerciantes a la salvación. Y esa moral quedaría encarnada en la ley. La ley era un puente entre la actividad mercantil y la salvación del alma.

El nuevo sistema de derecho mercantil

Decir que los conceptos y las instituciones básicos del moderno derecho comercial de Occidente se formaron en el periodo de finales del siglo XI y el siglo XII no es pasar por alto la deuda que los creadores de esos conceptos e instituciones tuvieron para con el derecho romano, como se reflejó en los recién descubiertos textos de Justiniano. Los textos romanos contenían un conjunto sumamente refinado de reglas para hacer contratos de varios tipos, incluyendo el préstamo de dinero y bienes, las prendas, las ventas, el alquiler, la asociación y el mandato (forma de agencia). Sin embargo, estas reglas no estaban conceptualizadas a conciencia. Se hallaban clasificadas pero no explícitamente interrelacionadas ni analizadas en función de principios generales. Además, no se hacía una distinción consciente entre los contratos comerciales y los no comerciales; a todos se les trataba como contratos civiles.

Los antiguos juristas romanos también habían reconocido que muchos contratos no eran gobernados por el derecho civil, sino por el consuetudinario, incluso el *ius gentium.* En realidad, era el *ius gentium,* el (consuetudinario) "derecho de las naciones", aplicable a quienes no eran ciudadanos romanos, el que gobernaba casi todos los tipos de transacciones comer-

ciales dentro del Imperio romano, especialmente los que incluían el transporte de bienes sobre largas distancias. En el derecho consuetudinario del comercio del Imperio romano se incluía la Ley Marítima de Rodas, de la que suele creerse que data de cerca de 300 a. c., así como las costumbres del comercio marítimo que fueron desarrolladas, más adelante, por mercaderes del Este del Mediterráneo. Algunas de las reglas del derecho consuetudinario mercantil y del civil romano habían sobrevivido en Occidente, en los siglos V a XI, independientes del texto de Justiniano; se las encuentra, por ejemplo, en el derecho lombardo así como en las costumbres de los mercaderes de Venecia, que siguió siendo un floreciente centro mercantil durante todo ese periodo.

Sin embargo, ni el recién redescubierto derecho romano ni el derecho consuetudinario romano, que apenas subsistía, incluyendo el *ius gentium*, eran adecuados para resolver los tipos de dificultades domésticas y comerciales internacionales que surgieron en el occidente de Europa a finales del siglo XI y durante el XII.

Es concebible que los doctos romanistas de las universidades europeas de finales del siglo XI y los siglos XII y XIII hubiesen podido crear un nuevo cuerpo de derecho mercantil con base en los textos romanos, así como, de esos textos, crearon un nuevo cuerpo de derecho civil. También resulta concebible que los juristas canónicos de las mismas universidades, junto con sus colegas de las cancillerías papal y episcopales, hubiesen podido hacer lo mismo, sobre todo en vista del hecho de que las corporaciones eclesiásticas se dedicaban intensamente a actividades comerciales. Sin embargo, es característico de esa época el hecho de que el desarrollo inicial del derecho mercantil fuese dejado en gran parte —aunque no por completo— en manos de los propios mercaderes, quienes organizaban ferias internacionales y mercados, formaban tribunales mercantiles y establecían oficinas de comercio en las nuevas comunidades urbanas que brotaban por toda Europa occidental.

En ocasiones, se recababan y hacían circular reglas del derecho mercantil creadas por los comerciantes. Uno de los primeros ejemplos fue una colección de leyes marítimas adoptadas en la época de la primera cruzada (1095) por la República de Amalfi, en la costa italiana del mar Tirreno; conocida como la Tabla Amalfitana, su autoridad llegó a ser reconocida por todas las ciudades-repúblicas de Italia. Cerca del año 1150, una compilación de juicios marítimos del tribunal de Olerón, isla situada frente a la costa atlántica de Francia, fue adoptada por las ciudades porteñas del océano Atlántico y del Mar del Norte, incluso por las de Inglaterra. Las leyes de Wisby, puerto situado en la isla de Gotlandia, en el mar Báltico, fueron adoptadas cerca del año 1350. Eran similares a las Leyes (o Rollos) de Olerón —posiblemente derivadas de ellas— y obtuvieron difundida autoridad por los países bálticos circundantes. Por la misma época, el *Consolato del Mare*, colección de costumbres marítimas observadas en el tribunal consular de Barcelona y basadas, parcialmente, en las anteriores colecciones y, parcialmente, en estatutos y compilaciones de las ciudades italianas, llegó a ser aceptado como ley gobernante en los centros comerciales del Mediterráneo. Todas estas colecciones tratan exclusivamente de derecho marítimo, incluyendo contratos de transporte de bienes por mar.

Al mismo tiempo, se creaba un extenso cuerpo de derecho que gobernaría el comercio por tierra. Habían existido mercados y ferias desde los siglos VII u VIII, pero en escala relativamente pequeña y sin un carácter legal verdaderamente desarrollado. En cambio, desde los siglos XI y XII se celebraron regularmente grandes ferias internacionales en veintenas de ciudades y pueblos por toda Europa. También eran comunes los mercados internacionales, sobre todo en las ciudades porteñas. Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas, y con el desarrollo de los sistemas jurídicos, eclesiásticos o seculares, desarrollaron el concepto de un derecho mercantil especial, que no sólo incluía el derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino también costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las propias ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras en recabar sistemáticamente y en aplicar las reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial.

Vemos así que el derecho mercantil gobernó una clase especial de personas (los comerciantes) en lugares especiales (ferias, mercados y puertos) y también gobernó las relaciones mercantiles en las ciudades y pueblos. Era distinto del derecho eclesiástico, el feudal, el señorial, el urbano y el real, aunque tenía conexiones especialmente directas con el derecho urbano y el eclesiástico.

El derecho mercantil compartió con los otros grandes sistemas jurídicos de la época las cualidades de objetividad, universalidad, reciprocidad, adjudicación participatoria, integración y desarrollo. Estas seis cualidades no sólo muestran sus nexos directos con la tradición jurídica occidental en conjunto, sino que también nos ofrecen un indicio de sus propias características específicas.

La objetividad

Como en el caso del derecho feudal y el señorial, en el derecho mercantil, durante el periodo transcurrido de 1000 a 1200, y sobre todo entre 1050 y 1150, los derechos y las obligaciones se volvieron considerablemente más objetivos y menos arbitrarios, más precisos y menos laxos. Surgió una tendencia a apartarse de la simple costumbre en el sentido del uso (pautas de conducta) hacia un derecho consuetudinario más minuciosamente definido (normas de conducta). Lo específico de las normas del derecho mercantil se intensificó al ser puestas por escrito cada vez más: parcialmente, en forma de una legislación comercial pero, básicamente, en forma de

instrumentos comerciales escritos, de un carácter más o menos estereotipado. Además, la objetividad del nuevo sistema se reflejó en un interés mucho mayor en la adjudicación imparcial en las disputas comerciales y el surgimiento de nuevas formas de tribunales mercantiles.

La universalidad

Desde finales del siglo XI, los derechos y las obligaciones especificados por el derecho mercantil se volvieron cada vez más uniformes y menos diversos, más generales y menos discriminatorios en sus aplicaciones particulares. Esto se debió, en parte, al carácter cosmopolita y transnacional de gran parte del comercio del periodo. Grandes ferias internacionales se celebraban a intervalos regulares en lugares designados por toda Europa, o en ciudades y pueblos con mercados permanentes a los que acudían comerciantes de muchos países. Asociaciones comerciales transnacionales establecieron representantes permanentes en los principales centros comerciales de Europa. A menudo, el comercio transnacional predominó sobre el mercado local, aportando un modelo importante para las transacciones comerciales en general.

El carácter universal del derecho mercantil, tanto en su periodo formativo como después, ya fue subrayado por todos los que han escrito al respecto. En 1473, el canciller de Inglaterra declaró que los juicios de los comerciantes extranjeros que acudían a él en busca de ayuda serían determinados "por la ley de la naturaleza en el tribunal... a la que algunos llaman el derecho mercantil, que es el derecho universal del mundo".[11] En el primer libro inglés (1622) sobre derecho mercantil, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant,* su autor, Gerard Malynes, afirmaba: "He puesto el título de acuerdo con el antiguo nombre de Lex Mercatoria... porque es derecho consuetudinario aprobado por la autoridad de todos los reinos y comunidades, y no una ley establecida por la soberanía de ningún príncipe".[12] Y Blackstone escribió a mediados del siglo XVIII:

> Los asuntos del comercio son regulados por su ley propia, llamada *Law Merchant* o *Lex Mercatoria,* en la que todas las naciones convienen y de la que toman noticia, y de la que se sostiene que es, en particular, parte de la ley de Inglaterra, que decide las causas de los comerciantes por las reglas generales que se dan en todos los asuntos comerciales relacionados con el comercio doméstico, como por ejemplo, en la emisión, la aceptación y la transferencia de "letras de cambio".[13]

En la Europa del siglo XII, el carácter transnacional del derecho mercantil constituyó una protección importante contra los obstáculos puestos a los extranjeros por las leyes locales, así como contra otros caprichos de las

leyes y costumbres de cada lugar. En Inglaterra, el Estatuto de Westminster de 1275 declaró: "Se ordena que en cualquier lugar, burgo, feria o mercado, una persona extranjera que es de este tráfico, no sea secuestrada por ninguna deuda de la que no sea deudora ni aval". Sin embargo, no todos los países eliminaron el embargo a extranjeros por deudas de un conciudadano; en la Italia septentrional, una larga serie de tratados entre las ciudades "iba lenta y caprichosamente intentando dar a los italianos esta misma protección".[14] El cambio hacia la uniformidad en este aspecto y en otros constituyó un proceso gradual. Ni siquiera las costumbres de las ferias internacionales eran siempre las mismas. Sin embargo, en términos generales, las diferencias entre países y localidades en la ley y la costumbre aplicables a las acciones mercantiles eran sólo de detalle. Como lo ha dicho William Mitchell: "Cada país, podría decirse que cada poblado, tenía su propia variedad de Derecho Mercantil, y, sin embargo, no eran más que variaciones de la misma especie. Por doquier, los principios básicos y las reglas más importantes eran los mismos, o tendían a volverse los mismos".[15]

Los "mercaderes extranjeros" no sólo temían el trato discriminatorio de las leyes locales, sino también la violencia de los piratas y salteadores de caminos así como la rapacidad de las autoridades fiscales de cada localidad. Para protegerse contra los peligros del viaje, el comercio marítimo se efectuaba, en gran parte, en convoyes que iban por las costas; y en tierra, un comerciante viajaba armado y por lo general en compañía de otros, a menudo formando caravanas. Sin embargo, los comerciantes no tenían manera de protegerse contra los derechos de tránsito, que en el Rin, por ejemplo, eran tantos y tan pesados que se ganaron la caracterización de *furiosa Teutonicorum insania* ("locura teutónica").[16] Una reforma francesa de 1431 dejó todavía 130 pagos de peaje en el Loira y sus tributarios.[17]

El hecho de que el extranjero a menudo no tuviese derechos según la ley local ni recibiera protección de los gobernantes de la localidad hizo que la universalidad del propio derecho de los comerciantes fuese una apremiante necesidad. Con el tiempo, el derecho mercantil universal llegó a quedar salvaguardado, asimismo, por las autoridades políticas centrales, cada vez más poderosas. Uno de los primeros ejemplos de ello puede encontrarse en la Carta Magna (1215), que establecía: "Todos los mercaderes tendrán salvoconducto para entrar y salir de Inglaterra, y para quedarse y viajar por Inglaterra por tierra y por agua, con propósitos de compra y venta, libres de alcabalas legales, de acuerdo con costumbres antiguas y justas".[18] Tal protección se extendió, a la larga —en Inglaterra y otras partes—, a la cooperación de las autoridades públicas a la aplicación del proceso en los tribunales mercantiles. De este modo, en 1292, un comerciante de Londres llamado Lucas fue acusado de haber salido subrepticiamente de la feria de Lynn sin pagar treinta y un libras de bienes que había comprado a un mercader alemán, y de no haberse presentado a responder acusaciones en el tribunal de la feria de acuerdo con el derecho mercantil, "por lo cual

ningún comerciante extranjero, después de ese hecho, quiso hacer ninguna venta a los ciudadanos de Londres, antes de que pagaran por completo... llamándolos deudores falsos". Lucas huyó de Lynn a St. Botolph, luego a Lincoln, luego a Hull y por último a Londres, siempre perseguido por el alemán. A instancias de los comerciantes de Londres, temerosos de su reputación, Lucas fue enviado a la Torre de Londres y, finalmente, su caso fue revisado en *habeas corpus* por el Concejo del Rey.[19]

Los gobernantes seculares también ayudaron a asegurar el carácter universal del derecho mercantil, por tratados mutuos. Al menos desde el siglo XII, las ciudades italianas establecieron tratados bilaterales en que cada parte convenía en que los ciudadanos de la otra tendrían libertad de establecerse dentro de sus límites, de poseer allí propiedades, de llevar adelante su industria y su comercio, de celebrar cultos y de tener acceso a los tribunales.[20] Estos tratados a menudo establecieron tribunales imparciales de mercaderes para decidir, expeditamente y de acuerdo con la costumbre mercantil, las disputas entre ciudadanos de las dos partes del tratado, de acuerdo con la "buena conciencia".[21] Asimismo, en el siglo XII, un tratado entre el rey Enrique II de Inglaterra y la ciudad de Colonia aseguró a los ciudadanos de ésta un trato no menos favorable que el que recibían los comerciantes ingleses: tal vez éste sea el más antiguo ejemplo que conocemos de la cláusula del "trato nacional", y precursor de la cláusula de la nación más favorecida en los tratados comerciales modernos.[22]

La reciprocidad de derechos

El principio de la reciprocidad de derechos se encontró en el meollo mismo del nuevo sistema de derecho mercantil que surgió a finales del siglo XI y en el XII. Desde luego, la reciprocidad misma, en el sentido de toma y daca, había estado en el centro del comercio en todas las civilizaciones, en la medida en que todo comercio implica el intercambio de cargas o beneficios de parte de quienes se dedican a las transacciones comerciales. El vendedor se desprende de sus bienes y el comprador de su dinero; el prestamista entrega fondos y el prestatario se compromete a pagarlos, aparte de una suma adicional; el porteador se encarga de transportar los bienes y el comprador o el vendedor de pagarle. Cada quien hace un sacrificio, y como resultado ambos esperan quedar mejor de lo que estaban. Y, sin embargo, el principio de la reciprocidad de derechos, como se le ha interpretado en Occidente desde finales del siglo XI y en el XII, supone algo más que un simple intercambio: lo ideal es que incluya el elemento de la *igualdad* de las cargas o los beneficios entre las partes de la transacción: es decir, el elemento de justicia en el intercambio. Éste, a su vez, tiene dos aspectos, procesal el uno, sustantivo el otro. En el aspecto procesal, hay que entrar con justicia en el intercambio, es decir, sin presión ni dolo ni otro abuso

de la voluntad o el conocimiento de una de las partes. En lo sustantivo, ni siquiera un intercambio en que se entra libremente y con pleno conocimiento debe imponer a ninguna de las partes costos desproporcionados a los beneficios obtenidos; y semejante intercambio tampoco debe ser indebidamente desventajoso a terceras partes o a la sociedad en general.

Tanto el aspecto procesal como el sustantivo de la reciprocidad de derechos se encuentran implícitos en el término mismo de "derechos", como sería interpretado en Occidente desde finales del siglo XI. Se considera a los derechos, necesariamente, como parte de todo el sistema jurídico. Y de los propósitos de ese sistema se deriva su carácter. Tales propósitos incluyen al menos cierta protección contra algunos tipos de injusticias que pueda haber en los intercambios comerciales.

El principio de la reciprocidad procesal fue sumamente desarrollado en la jurisprudencia que acompañó a la Revolución papal. En particular, el derecho canónico subrayó los principios de equidad en la formación de contratos. Como la prenda de fe daba a los tribunales eclesiásticos jurisdicción sobre los contratos, así también la buena fe *(bona fides)* era, a su vez, prueba necesaria del carácter inviolable de la empresa contractual. En el derecho canónico los conceptos de dolo, presión y error formaron una compleja teoría que, por una parte, apoyaba la libertad de las partes para hacer promesas de cumplimiento obligatorio pero, por la otra, las protegía contra las prácticas leoninas. Ante todo, el formalismo de los juramentos, que había dominado el derecho consuetudinario germánico, se vio sometido a influencias correctoras. En contraste tanto con el derecho germánico como con el preexistente derecho romano, el nuevo derecho canónico, apoyado por la nueva ciencia jurídica romanista, no sólo aplicó acuerdos orales informales, sino que también se negó a aplicar los acuerdos más formales (por juramento o por escrito bajo sello) si en ellos se entraba como resultado de un fraude o aun de un equívoco del que no era responsable el promisor. Estos principios fueron adoptados, con ciertas modificaciones, por el nuevo sistema de derecho mercantil. Reflejaron el principio de reciprocidad procesal de derechos en la formación de contratos.

El principio de reciprocidad sustantiva de derechos, aunque menos desarrollado, se reflejó en las doctrinas de los canonistas sobre la usura y el precio justo.[23] En estas doctrinas se introdujeron muchos requisitos sutiles para adaptarlas a las necesidades del comercio. Se autorizó un interés legal. Una ganancia legal no era injusta. Sin embargo, los comerciantes a menudo se opusieron a los intentos de los canonistas por regular las prácticas mercantiles, especialmente a los de dar jurisdicción eclesiástica a los casos mercantiles. Un ejemplo tardío, pero que también es característico del periodo transcurrido entre finales del siglo XI y comienzos del XIII, es un decreto emitido en 1369 por el dux y el Concejo de Regidores de la ciudad de Génova, que imponía una multa considerable a todo el que recurriera a un tribunal eclesiástico o de otra índole alegando que un contra-

to comercial firmado por él, como un contrato de seguro o intercambio de moneda, constituía usura, o iba en contra del derecho canónico o por algún otro motivo era ilegal.[24]

El conflicto entre comerciantes y clérigos por la aplicabilidad del derecho canónico a los contratos comerciales no reflejó ninguna considerable diferencia de opinión con respecto a la subordinación del contrato a consideraciones morales. Los comerciantes no creían en el derecho del individuo de enriquecerse a su capricho. Aunque no opinaban que la actividad comercial debiese estar limitada por las normas morales de la vida monástica, tampoco negaban que debía estar sujeta al principio del precio justo, la ley de la usura y las otras protecciones similares que había en contra de acuerdos opresivos o inmorales. Tampoco negaban la supremacía de la Iglesia en cuestiones de moral. Y, sin embargo, insistían en su propia autonomía, aunque fuese relativa, en cuestiones de derecho mercantil; y, al menos en teoría, la Iglesia no les negaba esa autonomía. Por consiguiente, sus formulaciones, así como su jurisdicción, podían diferir de las eclesiásticas, y cada una de las distintas formulaciones, tanto como las jurisdicciones, podía ser válida. Ésta era la dialéctica escolástica en acción. La comunidad mercantil tenía su propio derecho, la *lex mercatoria,* así como la Iglesia, tenía su propio derecho, el *ius canonicum.* Desde luego, los comerciantes eran miembros de la Iglesia, y por tanto estaban sometidos al derecho canónico, pero además eran miembros de la comunidad mercantil, por lo que también se hallaban sometidos al derecho mercantil. Cuando entraban en conflicto los dos cuerpos de derecho, podía no ser claro cuál de los dos debía prevalecer. Ambos podían tener la razón. Sólo el tiempo habría de mediar en el conflicto.

Así, la reciprocidad procesal y sustantiva de derechos, invocada tanto por comerciantes como por eclesiásticos, no debe verse como un principio abstracto, sino como un principio enunciado y aplicado dentro de comunidades específicas. Los mercaderes constituían una comunidad autogobernada, dividida en hermandades religiosas, gremios y otras asociaciones. De ese hecho histórico se derivaron todas las características del nuevo sistema de derecho mercantil: su objetividad, universalidad, reciprocidad de derechos, adjudicación participatoria, integración y desarrollo.

La adjudicación participatoria: los tribunales mercantiles

Los tribunales mercantiles incluían los tribunales de mercados y ferias, los de los gremios mercantiles y los urbanos. Aunque los tribunales de gremios y los urbanos no se dedicaban exclusivamente a asuntos comerciales, su jurisdicción comercial era lo bastante extensa para que se les pudiera tratar como tribunales de comercio.

Los tribunales de mercados y ferias, como los señoriales, eran tribunales

comunitarios no profesionales; los jueces eran elegidos por los comerciantes del mercado o de la feria entre sus propios miembros. Los tribunales de los gremios tampoco eran profesionales; por lo general, simplemente consistían en el jefe del gremio o su representante, pero a menudo éste escogía a dos o tres miembros comerciantes del gremio para que fuesen sus consejeros en los problemas mercantiles. En ocasiones, un jurista profesional acompañaba a estos asesores mercantiles. También ayudaban notarios profesionales, haciéndose cargo de las formalidades legales.[25] De igual forma, los tribunales mercantiles urbanos consistían, a menudo, en comerciantes elegidos por sus compañeros. Una ley de Milán, de 1154, autorizó la elección de "cónsules de comerciantes", para casos comerciales, y este sistema de tribunales consulares mercantiles se difundió por muchas ciudades de Italia. Autorizaba a los comerciantes extranjeros a escoger jueces entre sus propios conciudadanos. Los tribunales de los cónsules mercantiles en las ciudades-repúblicas de la Italia septentrional fueron extendiendo gradualmente su jurisdicción sobre todos los casos mercantiles que hubiese en una ciudad. Otras ciudades europeas adoptaron la institución italiana del cónsul mercantil, o bien crearon instituciones similares para la resolución de los casos mercantiles por jueces mercantiles. En algunos países se afirmó la autoridad real sobre los gremios mercantiles, y aun sobre mercados y ferias de las ciudades, pero aun entonces el derecho mercantil continuó, en general, administrado por jueces mercantiles.

Con el transcurso del tiempo, en varias partes de Occidente surgieron otros diversos tipos de tribunales mercantiles. En Inglaterra, Gales e Irlanda se establecieron los llamados tribunales de mercancías en las 14 ciudades por las cuales se canalizaba el floreciente comercio inglés en ciertos productos "básicos": principalmente, lana, cuero y plomo. Gran parte de este comercio estaba en manos de mercaderes y banqueros italianos, flamencos y alemanes. Los ingleses ofrecían protección a los "comerciantes extranjeros" en las ciudades en que se traficaba en productos básicos, y según el Estatuto de Bienes Básicos de 1353, los comerciantes de cada una de estas ciudades, así como sus servidores y los miembros de sus propias familias, "serían regidos por el derecho mercantil [en] todas las cosas tocantes a ese producto básico, y no por el derecho común inglés de la tierra, no por la usanza de ciudades, burgos u otros poblados". Quedaban sujetos a la jurisdicción del tribunal de productos básicos, cuyo presidente sería el alcalde de la ciudad, elegido para un periodo de un año "por la comunidad de los comerciantes, tanto extranjeros como naturales". De este modo, ¡los comerciantes extranjeros participaban en las elecciones de los alcaldes de los poblados ingleses! Se exigía al alcalde tener un "conocimiento de derecho mercantil" y juzgar de acuerdo con él. En los juicios entre un comerciante extranjero y un inglés se exigía un juzgado mixto, compuesto, por mitades, por extranjeros y por súbditos ingleses. Se podían hacer apelaciones al canciller y al consejo del rey.[26]

Otro tipo de tribunal mercantil fue el tribunal marítimo local en las ciudades portuarias, con jurisdicción sobre causas comerciales y marítimas relacionadas con el transporte de bienes por mar. Estos tribunales —llamados del almirantazgo— estarían abiertos en la playa "de la marea a la marea".

En todos los tipos de tribunales mercantiles los procedimientos se caracterizaron por su rapidez y su falta de formalidades. Los límites de tiempo eran estrechos: en los tribunales de las ferias había que hacer justicia mientras los pies de los comerciantes aún guardaran polvo; en los marítimos, "de la marea a la marea"; en los de gremios y ciudades, "de día a día". A menudo estaban prohibidas las apelaciones. Los abogados de profesión no sólo estaban generalmente excluidos, sino que también se veía con malos ojos toda argumentación con tecnicismos legales. El tribunal había de ser "gobernado por la equidad... por lo cual se recibiría a cualquiera a decir los hechos... y a decir lo mejor que pudiera" en su defensa. Un estatuto típico de un gremio mercantil establecía que los casos comerciales "serán decididos *ex aequo et bono;* no se ha reunido para disputar las sutilezas de la ley".[27] Estas características procesales distinguieron marcadamente el derecho mercantil del procedimiento formalista de los tribunales urbanos y reales, y también de los procedimientos escritos del derecho canónico en casos ordinarios.

A pesar de todo, el procedimiento de los tribunales mercantiles estaba relacionado con el procedimiento sumario (en contraste con el ordinario) en los tribunales eclesiásticos. El procedimiento sumario en tipos especiales de casos, incluso en casos comerciales, quedó autorizado por una bula papal de 1306, la Decretal *Saepe Contingit* (por las palabras iniciales, "A menudo sucede"). La bula se refería a la práctica del papa de remitir, a menudo, casos a jueces (eclesiásticos) con la instrucción de que el procedimiento "debía ser sencillo y claro, y sin los argumentos formales y reglas solemnes del procedimiento ordinario". Para explicar estas palabras declaraba la bula que, en semejante caso, el juez no exigiría una demanda por escrito, que no exigiría el tipo habitual de demanda, que podía proceder hasta en época de vacaciones, que había de rechazar todas las excepciones dilatorias y que debía rechazar las apelaciones innecesarias que causaban retrasos, así como los "gritos" de abogados, acusadores, partes y testigos superfluos. En tales casos, declaraba la bula, el juez "interrogará a las partes, por instancia de ellas o por su propia iniciativa, siempre que la igualdad así lo requiera".[28] Esta decretal se introduciría después en ulteriores estatutos italianos que establecían los tribunales mercantiles. También influyó sobre los tribunales mercantiles y marítimos alemanes, franceses e ingleses, incluso en la corte del canciller inglés, en su jurisdicción sobre equidad.

En Inglaterra, la rapidez de la justicia mercantil fue subrayada por Bracton, quien escribió que había cierta clase de personas "que necesitan tener justicia expedita, como los mercaderes, a quienes se les hace justicia en el Tribunal Pepoudrous" (el tribunal de "pies polvorientos" de las ferias y los mercados).[29]

El principio del procedimiento expedito, informal y equitativo en los tribunales mercantiles fue, desde luego, una respuesta a las necesidades mercantiles. Sin embargo, esa respuesta sólo pudo darse por obra del carácter comunal o participatorio de la adjudicación comercial. Como las otras características del derecho mercantil —objetividad, universalidad, reciprocidad de derecho, integración y desarrollo— el carácter comunal de la adjudicación comercial (es decir, la participación de los comerciantes en la resolución de disputas mercantiles) puede verse como principio de justicia abstracta, como un ideal jurídico. Desde ese punto de vista se le puede evaluar tanto negativa como positivamente, pues aunque contribuyó a la solución equitativa de casos mercantiles individuales, también ayudó a aislar el derecho mercantil de todo control eclesiástico, real y hasta urbano, y a conservar los privilegios mercantiles. Pero el sistema de adjudicación participatoria de los casos mercantiles también debe ser visto, en términos históricos, como un aspecto de la autonomía relativa de la clase mercantil y su derecho en la época formativa de la tradición jurídica occidental, una autonomía relativa a la unidad general del derecho occidental, con su interacción de autoridades espirituales y seculares y, en lo secular, de los sistemas jurídicos feudal, señorial, comercial, urbano y real.

La integración del derecho mercantil

El derecho mercantil occidental adquirió a finales del siglo XI, durante el XII y comienzos del XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a ser interpretados conscientemente como partes constitutivas de todo un cuerpo de derecho, la *lex mercatoria*. Se consideraría que muchas y diversas instituciones jurídicas comerciales creadas a la sazón, como los títulos negociables, el crédito con garantía y las empresas conjuntas, así como muchas instituciones jurídicas más antiguas que por entonces fueron adaptadas, formaban un sistema distinto y coherente.

Las siguientes características distintivas del derecho mercantil occidental fueron introducidas durante estos siglos:

la marcada separación de la ley de muebles (cosas) de la de inmuebles (tierra y cosas inseparables de la tierra);

el reconocimiento de derechos en el comprador, de buena fe, de muebles, derechos superiores a los del verdadero propietario;[30]

el remplazo de los antiguos requerimientos de la entrega de bienes para poder transferir la propiedad por el recurso de la entrega simbólica, es decir, la entrega del derecho de propiedad (y del riesgo de pérdida o de daño), por la

transferencia de documentos de transporte u otros documentos;

la creación de un derecho de posesión de muebles independiente de su propiedad;[31]

el reconocimiento de la validez de acuerdos orales informales en la compra y venta de muebles;

la limitación de las reclamaciones por violación de garantía, por una parte, y el desarrollo de la doctrina de garantías implícitas de aptitud y de mercantibilidad *(marchandise loyale et marchande)*, por la otra;

la introducción de una medida objetiva de los daños por no entrega de bienes, basada en la diferencia entre el precio de contrato y el precio de mercado, jur to con la introducción de penas monetarias fijas por violación de algunos tipos de contratos;

el desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés, y su transformación en los llamados contratos abstractos, en que el documento no sólo era prueba de un contrato subyacente, sino que a su vez encarnaba, o era, el contrato y se le podía demandar independientemente;

la invención del concepto de negociabilidad de las letras de cambio y de pagarés, por la cual el que de buena fe hacía la transferencia, tenía derecho a que le pagara el girador, o el autor, aun si este último tenía ciertas defensas (como la defensa de fraude) contra el pagador original;

la invención de la hipoteca de bienes muebles (hipoteca de cosas), el nexo del vendedor no pagado y otros intereses de seguridad en bienes;

el desarrollo de una ley de bancarrota que tomaba en cuenta la existencia de un complicado sistema de crédito comercial;

el invento del conocimiento de embarque y otros documentos relativos al transporte;

la expansión de antiguo préstamo marítimo grecorromano y la invención del préstamo sobre casco y quilla, asegurado por un nexo sobre el flete o por partes del navío mismo, como medio de financiar y de asegurar las ventas de un comerciante en el extranjero;[32]

el remplazo del concepto grecorromano —más individualista— de sociedad *(societas)* por un concepto más colectivista en que había una propiedad compartida, la propiedad estaba a disposición de la asociación como unidad, y los derechos y obligaciones de uno de los socios sobrevivían a la muerte del otro;

el invento de la empresa conjunta *(commenda)* como especie de sociedad por acciones, en que la responsabilidad de cada inversionista estaba limitada a la cantidad de su inversión;

el invento de marcas de fábrica y patentes;

la flotación de préstamos públicos logrados por medio de bonos y otras garantías;

el desarrollo del banco de depósito.[33]

Así, muchos si no la mayoría de los elementos estructurales del sistema moderno de derecho mercantil se formaron en aquel periodo. En ellos estaban implícitos ciertos principios jurídicos básicos, compartidos por todos los sistemas legales de la época y que fueron adaptados a las necesidades especiales de la comunidad mercantil. Éstos incluían el principio de buena fe, que se manifestó sobre todo en la creación de nuevos recursos de crédito, y el principio de personalidad corporativa, que se manifestó sobre todo en la creación de nuevas formas de empresas de negocios.

Recursos de crédito

Como el pago en especie se volvió excepcional en el siglo XII, hubo toda una proliferación de nuevos tipos de contratos comerciales que incluyeran el uso del crédito. De hecho, el propio pago en efectivo era una especie de transacción de crédito, porque no había un Estado soberano que garantizara el valor del dinero y circulaban muchos diferentes tipos de moneda.

Las principales formas de crédito extendidas por los vendedores a los compradores eran los pagarés y las letras de cambio. O bien el comprador firmaba un documento dirigido al vendedor, prometiéndole pagarle cierta suma de dinero, fuese en cierto momento futuro o a la presentación del documento, o bien expedía un giro (letra de cambio) a una tercera persona ("A *X*, páguese *Y* por cuenta mía..."), que también era pagadero en cierta fecha o a su presentación. Los árabes, en el comercio mediterráneo, habían empleado ya instrumentos comerciales entre los siglos VIII y X, pero al parecer no se les trató entonces como "contratos abstractos", es decir, como obligaciones independientes de las relaciones contractuales que los habían hecho surgir. Cuando se volvieron comunes en Occidente a finales del siglo XI y en el XII, no sólo adquirieron el carácter de obligaciones independientes, como el propio dinero, sino también otra característica del dinero: su negociabilidad. El que emitía el billete (o girador de la nota) hacía que este instrumento fuese pagadero al cliente "o a su orden".[34] Esto significaba que cualquier persona a quien se trasfiriera el instrumento (fuese mediante endoso o de otro modo) tenía el derecho incondicional de que le pagara el girador, aun si éste tenía una defensa válida (como la defensa por fraude) contra el cliente original... con sólo que el nuevo propietario del documento lo hubiese recibido de buena fe y sin estar enterado de fraude u otra prohibición. Se preveía así que el título pasaría de mano en mano. De manera similar, una letra de cambio pagadera al cliente "o al portador" era válida en manos de cualquier portador inocente.

Ni el concepto ni la práctica de la negociabilidad de los títulos de crédito fueron conocidos en el antiguo derecho romano ni en el germánico, ni tampoco hubo un concepto o práctica desarrollados entre los musulmanes y otros mercaderes del Mediterráneo entre los siglos VIII y X. Desde luego, su invención por mercaderes occidentales de finales del siglo XI y el XII fue una respuesta al surgimiento, en esa época, de un creciente mercado de artículos. Y, sin embargo, para producir la respuesta se necesitaba más que el estímulo económico. Tenía que haber una reserva del crédito mismo, pues sin crédito, es decir, sin confianza en el futuro de la comunidad de personas que constituían el mercado, no podía haber ni instrumentos

de crédito ni el crédito extra encarnado en su negociabilidad. Desde luego, crédito significa confianza o fe, o creencia en algo o en alguien. Un sistema de transferir la obligación futura de un deudor, de un acreedor a otro, no se habría podido desarrollar y mantener si no hubiese habido una sólida confianza o fe, o creencia en la integridad y a la vez en la duración de la comunidad a la que pertenecían todos los acreedores y deudores. De hecho, sólo semejante confianza en el futuro de la comunidad mercantil hizo posible medir el valor del pago inmediato contra el valor del pago en fecha posterior.

Como ha escrito Robert S. Lopez:

> Un crédito generoso fue el gran lubricante de la Revolución comercial. Fue un fenómeno enteramente nuevo... la economía grecorromana había estado bien abastecida de efectivo de todas clases, pero no fue apropiada a un crédito comercial en grande escala, y... la economía de la época bárbara fue deficiente, tanto en efectivo como en crédito; nunca despegó. El despegue del periodo siguiente no fue fomentado por una enorme inyección de crédito, sino por una más íntima colaboración de quienes empleaban el crédito. No ocurrió en Alemania, donde nuevas minas de plata entraron en actividad entre los siglos X y XII, sino en Italia, donde el abismo entre los capitalistas agrarios y los comerciantes se estrechó [y donde] el crédito hizo posible que una pequeña inversión de efectivo trabajara, simultáneamente, en varios lugares a la vez.[35]

El crédito floreció en muchas formas en este periodo, no sólo en Italia, sino por toda Europa occidental. Además de la concesión del crédito de los vendedores a los compradores por medio de títulos negociables y otros recursos, los compradores también dieron crédito a los vendedores mediante los varios tipos de contratos para la compra de bienes que serían entregados en el futuro, que serían comprados y revendidos por el comprador, y similares. Una vez más, tales contratos presuponían la existencia no sólo de un mercado desarrollado, sino también de una fe en el futuro de la comunidad que integraba el mercado y un concepto del tiempo como factor que había que evaluar en las transacciones comerciales.

La concesión de crédito por el vendedor al comprador, o por una tercera parte (por ejemplo, un banquero) al comprador, fue mucho más común que la concesión del crédito por el comprador al vendedor, y como resultado se buscaron medios para proteger al prestamista contra incumplimientos. El más importante de tales recursos fue la hipoteca de bienes muebles (hipoteca prendaria), según la cual la parte que otorgaba el crédito conservaba un interés de seguridad en los bienes para que no se les pudiese revender o disponer de ellos de cualquier otra manera, hasta que él estuviera pagado, y si no se le pagaba, entraría en posesión de los bienes y los revendería para cobrar la deuda. Ni el derecho romano ni el germánico habían contado con tan sutil recurso de seguridad. Una vez más, la existencia de una cohesiva comunidad mercantil con un cuerpo desarrollado de derecho

mercantil fue esencial para la eficacia de esa hipoteca de bienes muebles, pues había el peligro de que los mismos bienes fuesen dados en prenda, fraudulentamente, a más de un prestamista. Este peligro fue conjurado en muchas de las ciudades europeas, mediante el desarrollo de un sistema de registro de hipotecas prendarias ante funcionarios públicos, de modo que los potenciales prestamistas pudiesen descubrir todo adeudo anterior.[36]

Para el nuevo y desarrollado sistema de crédito comercial que fue creado en Occidente a finales del siglo XI y durante el XII fue esencial una ley de bancarrota que, por una parte, tomaba en cuenta los intereses de seguridad para proteger a los acreedores y, por otra, no era ruinosa para los deudores. El derecho germánico había sido especialmente severo contra el que no pagara sus deudas; sus acreedores se adueñaban de todo lo que tenía, y hasta podían llegar a vivir en su casa, explotar a sus sirvientes y consumir sus cosechas. En cambio, el derecho romano de Justiniano se había mostrado muy humanitario para con el deudor en bancarrota, pero había dejado mal protegidos a los acreedores. La ley de bancarrota de Occidente a partir del siglo XII logró un equilibrio entre estos dos extremos. Autorizó una limitación a la responsabilidad de los deudores y al mismo tiempo dio preferencias a los acreedores. En palabras de Levin Goldschmidt, la ley de bancarrota de este periodo "forma una etapa original y sumamente influyente del desarrollo jurídico europeo".[37]

Tipos de asociaciones de negocios: la empresa conjunta

A finales del siglo XI surgió en Italia, Inglaterra y otros lugares de Europa un nuevo tipo de acuerdo de negocios, la *commenda*, por el cual se movilizaba capital para el comercio de ultramar a grandes distancias y, con menor frecuencia, por tierra. El primer precursor de la *commenda* acaso fuese una práctica comercial musulmana que llegó a Bizancio, incluyendo los puertos marítimos de la Italia meridional, en los siglos VIII a X. En la Italia septentrional y más allá de los Alpes, la *commenda* probablemente comenzó en el siglo XI como contrato de préstamo, pero pronto se desarrolló en un acuerdo de asociación para un solo negocio, por lo general un viaje redondo al Medio Oriente, África o España. Uno de los socios, llamado el *stans*, aportaba el capital pero se quedaba en su patria; el otro socio, llamado el *tractator*, se encargaba de hacer el viaje. A cambio de hacer el viaje, difícil y peligroso, el socio viajero solía recibir una cuarta parte de las ganancias, mientras que quien había arriesgado su dinero recibía las tres cuartas partes restantes. Como observa Lopez, "Este acuerdo puede parecer injusto, pero en los siglos XII y XIII la vida era barata y escaso el capital".[38]

Una variación de la *commenda* fue la *societas maris* ("sociedad del mar"), en que el *tractator* aportaba un tercio del capital y el *stans* dos tercios, y los dos compartían las ganancias en partes iguales.

Lopez indica que el *stans* no necesariamente se echaba a dormir. Podía

ser "un comerciante de edad avanzada, que ya no salía a la mar, pero que aún se dedicaba activamente a los negocios y a veces se encargaba de la venta de los artículos traídos por su socio". Más aún, el *tractator* de una *commenda,* era, con frecuencia, el *stans* de otra *commenda* recíproca, de modo que los dos tipos no formaban grupos antagónicos de socio inversionista y socio viajero, o de explotadores y explotados. Por otra parte, hubo "muchos casos en que los socios inversionistas eran viudas y huérfanos, sacerdotes y monjas, funcionarios públicos y notarios, artesanos u otras personas sin experiencia en los negocios".[39]

La *commenda* y la *societas maris* tenían la gran ventaja de que la responsabilidad de los socios quedaba limitada a la cantidad de su inversión inicial. A este respecto, era como la moderna sociedad en comandita por acciones. Asimismo, los inversionistas podían reducir los riesgos dividiendo su dinero entre varias diferentes *commendae*, y no invirtiéndolo todo en una empresa. Pero la *commenda* difería de la moderna empresa comercial ya que era, por lo general, un acuerdo a breve plazo, que se disolvía al terminar el viaje particular para el que se había establecido.

Los negocios arriesgados por tierra y a largo plazo con frecuencia se organizaban, a finales del siglo XI, en el XII y a comienzos del XIII, de acuerdo con una forma diferente de sociedad, llamada *compagnia*. Ésta fue, en su origen, una asociación de miembros de la misma familia que se esforzaban, unidos, por aumentar la riqueza familiar. Tales "compañeros" a menudo se dedicaron al comercio. Con el tiempo, se les unieron otros empresarios, formando una unidad empresarial, una "compañía". En contraste con la *commenda,* la *compagnia* no tenía una responsabilidad limitada; cada uno de sus socios era plenamente responsable, ante terceras partes, de las deudas de la compañía. Asimismo, la *compagnia* solía efectuar diversas actividades comerciales durante un periodo de muchos años. A menudo era lo bastante grande duradera y flexible para establecer sucursales en varias ciudades.

La breve duración de la *commenda* y la responsabilidad ilimitada de la *compagnia* se vieron sujetas a cierta modificación por cláusulas especiales insertadas en los respectivos contratos por los que se formaban. También se disponía de otros tipos de contratos para formar otras clases de asociaciones de negocios.[40] Sin embargo, los principales modelos eran la *commenda* y la *compagnia.*

Tanto el principio general de buena fe, subyacente en todos los sistemas jurídicos de la tradición legal occidental en su época formativa, como la manifestación especial de ese principio en los medios de crédito del nuevo sistema de derecho comercial se reflejaron en la *commenda,* la *compagnia* y otras diversas formas de asociación comercial, en que los socios reunían recursos y compartían pérdidas y ganancias. Estas asociaciones empresariales dependían de la confianza de cada uno de los socios en que los otros socios cumplirían sus promesas. Sin embargo, además hubo otro principio

legal básico, manifestado en la ley de las asociaciones empresariales —ley por entonces en desarrollo—, a saber, el principio de la personalidad colectiva de los miembros de la asociación. Aunque formada exclusivamente sobre la base del acuerdo, la asociación constituía una persona legal que podía poseer propiedades, hacer contratos, demandar y ser demandada. Los socios estaban autorizados a actuar en conjunto en nombre de la asociación, y eran responsables en conjunto de las deudas de la asociación. Sin embargo, además, cada uno de los socios, actuando por su parte, podía obligar a la asociación, y también cada uno era responsable de sus deudas. En conjunto, constituían una corporación en el sentido en que un obispado o una parroquia era una corporación, y en que una universidad o un gremio asimismo lo era; es decir, constituían un cuerpo gobernado por sí mismo, una comunidad, cuya personalidad era a la vez trascendente e inmanente, es decir, a la vez distinta de las personas de sus miembros y unida a ellas.

La forma de empresa comercial del siglo XII más parecida a la moderna corporación empresarial, la *commenda,* fue creada para breve plazo y con un propósito específico. Era una asociación "secular" en todo el sentido de la palabra: era una criatura de su época. Y, sin embargo, hasta la *commenda* era una comunidad; los socios no sólo eran agentes, pues bajo el naciente sistema del derecho comercial, un agente, a diferencia de un socio, no podía hacer responsable a un señor anónimo por préstamos y depósitos (aunque sí pudiera hacerlo por ventas y contratos).[41]

Así parece, una vez más, que la integridad del nuevo sistema de derecho mercantil, es decir, la coherencia estructural de sus principios, conceptos, reglas y procedimientos, se derivó básicamente de la integridad y coherencia estructural de la comunidad mercantil de la cual era ley.

El desarrollo del derecho mercantil

La integración del derecho mercantil, su unidad estructural, estuvo directamente relacionada con su desarrollo orgánico. Fue concebido como un sistema en desarrollo. Su desarrollo fue sumamente rápido, no sólo en su periodo formativo, sino también después, durante los siglos XIII, XIV y XV. Como en el caso del derecho canónico, del feudal, del señorial y de otros sistemas jurídicos contemporáneos, la objetividad del derecho mercantil, la especificidad de sus normas y la precisión de sus conceptos aumentaron con el paso del tiempo. Su universalidad y generalidad, su uniformidad prevalecieron cada vez más sobre las diferencias locales; la reciprocidad de derechos cobró cada vez mayor importancia al aumentar las oportunidades contractuales; la adjudicación de disputas comerciales se regularizó cada vez más; y aumentó el grado de integración del derecho mercantil. En otras palabras, como en el caso de los demás sistemas legales que

formaron la tradición jurídica occidental, con el paso del tiempo los rasgos característicos del derecho mercantil también se volvieron tendencias de su desarrollo orgánico.

Algo que facilitó enormemente la evolución consciente del sistema de derecho mercantil fue la existencia de instituciones responsables de su desarrollo. Los gobernantes de Europa, en especial las autoridades de las ciudades comerciales más importantes, ayudaron a desarrollar el sistema de derecho mercantil codificando las costumbres comerciales. De ello son ejemplos las *Costumbres de Génova* de 1056, el *Constitutum Usus* de Pisa de 1161 y el *Libro de las Costumbres* de Milán, de 1216. También facilitó ese avance la conservación de las actas de las decisiones de tribunales mercantiles, incluso los de las ferias, así como tribunales de ciudades y marítimos.

Además, la creación de un elaborado sistema de notarías a finales del siglo XI y durante el XII hizo inevitable que la costumbre comercial se adaptara conscientemente a las nuevas condiciones. Los notarios no sólo registraban los documentos mercantiles, sino que también redactaban contratos y otros escritos notariales. A estos instrumentos se les daba la fuerza de obligaciones contractuales. Así, un notario podía preparar un pagaré, una letra de cambio u otra orden de pago, que tendrían valor obligatorio legal. En realidad, el contrato notarial y de cambio parece haber sido el progenitor de la letra de cambio, y la promesa de pago notariada probablemente fue progenitora del pagaré. En la Europa septentrional, donde los instrumentos notariales no eran usados con tanta frecuencia como en el Sur, las actas certificadas por autoridades municipales y gremiales, como el *Guildhall* de Londres, gozaban de similar autoridad.

Además de las actas notariales, los libros mayores de los bancos y los cartularios de las naves también tenían fuerza legal, y hasta las cuentas de los comerciantes eran admisibles como testimonio. Vemos así que había un vasto sistema de registro de operaciones comerciales, y aunque esto indudablemente puso ciertos frenos al cambio, también lo canalizó y le dio continuidad y dirección.

Cualesquiera que fuesen los factores de ese desarrollo, no cabe duda de que éste existió. La evolución del préstamo marítimo y la invención del préstamo sobre casco y quilla se emplearon como medios indirectos de asegurar los embarques marítimos en el siglo XII; en el XIV hicieron su aparición los primeros documentos de seguro marítimo, el cual, para el siglo XV, era un próspero negocio.[42] Una vez más, en los siglos XII y XIII los bancos mercantiles enviaron a sus clientes unas cartas en que aseguraban a sus potenciales acreedores, que el banco cumpliría con las obligaciones en que incurriera el cliente; en los siglos XIV y XV tales cartas se desarrollaron hasta ser cartas comerciales de crédito, en que el banquero aseguraba a ciertos vendedores en particular que él pagaría los bienes particulares que el cliente deseara comprar.[43] En el siglo XII, la capacidad de participar en contratos

comerciales se extendió a ex campesinos y a la nobleza feudal, y después se extendería gradualmente a otros, incluso a mujeres y menores. Éstos no fueron simplemente cambios, sino avances, y no sólo avances automáticos, sino adaptaciones conscientes de las instituciones de ideas jurídicas prexistentes a situaciones nuevas: una expansión consciente de su gama de aplicación para adaptarse a las nuevas necesidades.[44]

De esta manera, por todo el sistema de derecho mercantil ocurrió un proceso de diferenciación que tuvo la apariencia de un desenvolvimiento del pasado hacia el futuro, un crecimiento autónomo a lo largo de los siglos. Había, por lo menos, una ilusión, no sólo de la unidad básica del cuerpo de derecho que los comerciantes hicieron para gobernar sus actividades, sino también de la cooperación continua de sucesivas generaciones de comerciantes, para hacer que viviera y se desarrollara ese cuerpo de derecho.

XII. EL DERECHO URBANO

A FINALES del siglo XI y durante el XII brotaron varios millares de nuevas ciudades y pueblos: en la Italia septentrional, Francia, Flandes, Normandía, Inglaterra, los ducados alemanes, Castilla y Aragón y otras partes de Europa. De hecho, surgieron antes de que estos grandes territorios se volvieran unidades políticas integradas, y en algunos aspectos las comunidades urbanas tenían más en común entre sí que con los respectivos países en que se hallaban situadas, pues cualquiera que fuese su carácter, todas ellas tenían una conciencia común de sí mismas como comunidades urbanas y todas tenían instituciones jurídicas similares: todas estaban gobernadas por un sistema de derecho urbano.

Desde luego, éstas no fueron las primeras ciudades de la historia universal. Y, sin embargo, nunca había habido algo exactamente como ellas. En el periodo transcurrido desde el siglo I a. C. a los siglos IV y V d. C., el Imperio romano había estado integrado por miles de ciudades, pero éstas sirvieron principalmente como centros de gobierno administrativo de la autoridad imperial romana y estuvieron gobernadas por funcionarios imperiales. Las ciudades de la antigua Grecia, por lo contrario, habían sido ciudades-Estados independientes y autosuficientes. En contraste con Grecia y Roma, las ciudades y los pueblos que brotaron en la Europa de los siglos XI y XII no fueron centros administrativos de una autoridad central ni repúblicas autónomas. Eran algo intermedio.

Después de que el Imperio romano de Occidente acabó por ser demolido por los invasores germánicos en el siglo V, casi todas las ciudades romanas de Occidente declinaron con rapidez, y en el siglo IX virtualmente habían desaparecido. Esto pudo decirse hasta de la Italia septentrional. Pero en el Sur de Italia, que siguió siendo en gran parte bizantina, con una poderosa influencia árabe, sobrevivieron Nápoles, Salerno, Bari, Siracusa, Palermo y otras ciudades romanas. Además, fuera del sur de Italia quedaron en pie algunas importantes y antiguas ciudades portuarias, como Venecia y Durazzo en el Adriático, y unos cuantos puertos en la costa mediterránea de lo que después serían Francia y España. Algunos centros comerciales de tierra adentro, como Colonia, Milán y Londres, también siguieron existiendo, pero se volvieron, en esencia, asentamientos mercantiles: los sitios comerciales de plazas fortificadas.

Con raras excepciones, como la propia ciudad de Roma, no hubo una continuidad política entre las antiguas ciudades romanas y las modernas ciudades europeas que a la postre surgieron, con frecuencia en los sitios romanos, o cerca de ellos, durante los siglos XI y XII. Hubo, desde luego,

una continuidad de la autoridad eclesiástica en las ciudades que eran sedes de obispados (cabezas de diócesis episcopales), pero aun éstas habían dejado de ser grandes centros metropolitanos para convertirse en pequeños poblados, en gran parte integrados al campo circundante. Aunque esas sedes episcopales siguieron llevando el nombre de *civitas* ("ciudad"), todos los demás poblados recibieron diversos nombres que significaban o bien fortificación *(bourg,* burgo, *borgo* o *burgus;* también *castellum, castrum, opidum, urbs, municipium)* o bien, rara vez, centros comerciales *(portus,* puerto o *wik).* En el año 1000 había pocos asentamientos al oeste de Venecia o al norte de Palermo que tuvieran más de unos cuantos miles de habitantes (véase mapa 1, p. 91).

A pesar de ello, no fue su pequeño tamaño ni su reducido número lo que más claramente diferenció las ciudades y pueblos —en adelante, esas dos designaciones se emplearán casi de manera intercambiable— de Europa occidental en el año 1000, de las ciudades y poblados modernos que brotaron en los dos siglos siguientes, sino, antes bien, su carácter social y económico relativamente indistinto, por una parte, y su carácter político y legal también relativamente indistinto, por la otra. En lo social y lo económico, los poblados antes del año 1000 constaban principalmente de personas que vivían del cultivo de la tierra. También había mercaderes que vivían en asentamientos comerciales de los pueblos —por lo general, fuera de las murallas del castillo u otra fortificación— así como caballeros y nobles que vivían en los terrenos del castillo, pero estas clases eran por lo general una minoría de la población, mientras que los artesanos y obreros no pasaban de ser una pequeña fracción. En su mayoría, un pueblo era simplemente como una gran aldea, con algunas familias mercantiles y militares entre sus habitantes. También en lo político y lo legal, el pueblo no formaba una unidad independiente, ni tenían sus residentes una categoría especial ni privilegios especiales que los distinguieran de sus vecinos de los campos. A menos que coincidiera territorialmente con un ciento, un señorío, un obispado, una abadía o alguna otra unidad política, el poblado no tenía una organización administrativa o judicial propia. En cuanto a su situación legal, sus residentes no eran ciudadanos, sino caballeros, campesinos libres, siervos, esclavos, clérigos o mercaderes. Si ocupaban tierras, era de acuerdo con el mismo sistema de tenencia de la tierra que prevalecía fuera del poblado. Como lo ha subrayado Henri Pirenne, los poblados de Europa antes del siglo XI carecían de los dos atributos fundamentales de una ciudad occidental moderna: una población de clase media y una organización municipal. Pirenne sostiene que en el año 1000 *no* había ciudades en Europa occidental, si por "ciudad" entendemos una localidad cuya población no vive del cultivo de la tierra, sino del comercio (habría debido añadir "y la industria"), o una comunidad que es una entidad legal con sus leyes e instituciones peculiares.[1]

Causas del surgimiento de la ciudad moderna

Varios tipos de factores contribuyeron al surgimiento de la ciudad moderna: económicos, sociales, políticos, religiosos y jurídicos.

Factores económicos

Pirenne atribuyó el surgimiento de la ciudad europea moderna en los siglos XI y XII, básicamente, al resurgimiento del comercio. Subrayó el hecho de que en el siglo XI el mercado, que habitualmente existía en el *faubourg* ("suburbio") del castillo, el palacio episcopal o la abadía, empezó a devorar el área principal. Fue este suburbio el que se convirtió en núcleo de la nueva ciudad o poblado. Pirenne también atribuyó la fundación de miles de nuevos poblados por toda Europa en los siglos XI y XII, ante todo, a las presiones ejercidas por la nueva clase comercial. Otros estudiosos han criticado después esta explicación por no tomar en cuenta el hecho de que los productores, no los comerciantes, integraban la mayoría abrumadora (quizá cuatro quintos) de los habitantes de la mayoría de las ciudades y los poblados de la época, y que estos productores —principalmente artesanos y obreros— procedían, en gran parte, del excedente de población del campo creado por el rápido aumento de la productividad agrícola durante el siglo XI. La creciente prosperidad de los campos también fue requisito esencial para abastecer a las ciudades con medios de vida y materias primas y para vender los productos de las ciudades. Así, las causas económicas del surgimiento de las ciudades modernas no sólo deben atribuirse a la expansión del comercio y al surgimiento de una clase comercial, sino también a la expansión de la agricultura y al surgimiento de una clase de artesanos y obreros y otros productores industriales.[2] Las ciudades aportaron nuevos modos de producción y de distribución.

Factores sociales

Directamente relacionadas con las causas económicas de la urbanización estuvieron causas sociales más generales. Los siglos XI y XII fueron una época de gran movilidad social, ascendente y descendente. El éxodo de siervos, campesinos libres y pequeña nobleza de los señoríos formó parte de la más general pulsación y expansión de la vida, una aceleración del ritmo, una búsqueda de nuevas oportunidades. Estos factores sociales también fueron causas, y no sólo efectos, de lo que Robert Lopez ha llamado "la revolución comercial" —pero que bien podría llamarse también la "revolución industrial"— de los siglos XI y XII. En palabras de Lopez, hubo una

> creación continua de nuevas oportunidades... para pasar de una clase a otra... los aprendices se volvieron maestros, los buenos artesanos se volvieron empresarios, hombres nuevos que hicieron fortunas comerciando y prestando dinero... La expansión también fue estimulada por la constante inmigración desde los campos... Aldeas enteras gradualmente cedieron a los poblados cercanos todos sus habitantes, campesinos y terratenientes.[3]

Aunque en casi todas las ciudades de Europa el poder social y económico (así como el político) llegó a concentrarse cada vez más en manos de un grupo relativamente pequeño de comerciantes prósperos, la concepción original de la ciudad como lugar de oportunidades para ascender por la jerarquía socioeconómica ejerció una influencia duradera sobre su carácter. Resulta significativo que en las ciudades de la Europa septentrional de los siglos XI y XII en adelante, y también en algunas de las ciudades mediterráneas, la esclavitud casi no existiera, en contraste con la situación de las ciudades de la Grecia antigua y la Roma imperial y los asentamientos europeos anteriores al año 1000.

Factores políticos

Emperadores, reyes, duques y gobernantes menores (señoriales), así como papas y obispos, con frecuencia pudieron intensificar su protección militar, y a la vez aumentar su riqueza, seleccionando ciudades que quedarían abiertas a los inmigrantes de los campos, principalmente los campesinos y la pequeña nobleza.

Tales poblados eran, a menudo, más eficientes que los castillos en el aspecto militar, pues a sus ciudadanos por lo general se les había concedido el derecho y el deber de portar armas. Durante siglos, los campesinos no habían tenido ese derecho o deber militar (aunque se les pudiera reclutar en circunstancias especiales), y había que pagar a los caballeros por prestar servicio militar. Desde luego, había que armar a los ciudadanos, pero estaban sometidos a un servicio militar universal en defensa de su ciudad. En muchos lugares donde había desaparecido la milicia popular de las tribus y las aldeas de la época germánica y donde eran precarias las levas feudales, los monarcas, duques, condes y otros grandes señores feudales del siglo XII dependieron en mucho de la obligación militar urbana para la defensa de su territorio. De este modo, el *Assize of Arms* inglés de 1181 decretaba que "todos los lugareños y todas las comunas de hombres libres" habían de llevar ciertos tipos de armas,[4] convirtiendo así a todos los ciudadanos en soldados, y a todas las ciudades en unidades militares.

Además de dar apoyo militar, las nuevas ciudades y poblados aumentaron considerablemente los recursos económicos de los gobernantes territoriales, al pagar alcabalas e impuestos mercantiles y rentas, así como al

aportar artículos industriales. A este respecto, el derecho de muchas ciudades y poblados a acuñar moneda —y la obligación de los ciudadanos de pagar sus tierras en dinero— representó una considerable desviación de una economía que, en gran parte, había sido de trueque. Los gobernantes reales y feudales de Europa tenían que beneficiarse de este cambio, así como las nuevas clases comercial e industrial.

Desde luego, los incentivos políticos para que los gobernantes fundaran ciudades y poblados habían existido ya en siglos anteriores, al menos potencialmente. Pero en los siglos XI y XII las condiciones políticas fueron más favorables a su realización. Habían cesado las invasiones de Europa. Las asociaciones de parentesco, de aldea y señorío estaban siendo complementadas por asociaciones territoriales más grandes: reinos, principados y ducados. Los gobernantes de estos territorios tenían suficiente fuerza política para tolerar y aun para prestar su atención a un nuevo tipo de entidad política que había surgido en sus dominios; y no faltaban campesinos y pequeña nobleza que se mudaran a ellos.

No cabe duda de que también factores sociales, económicos y políticos intervinieron para estimular el surgimiento de las nuevas ciudades y poblados, y sin esos factores sería difícil imaginar que tal vez hubiesen surgido acaso 5 000 nuevas ciudades y poblados como surgieron por toda Europa occidental en esos mismos siglos, a partir del XI, para llegar a su cúspide en el XII y continuar en los siglos XIII, XIV y XV.

Y, sin embargo, también había factores sociales, económicos y políticos que actuaban en dirección opuesta. Los señores feudales, incluso obispos y abades, con frecuencia tenían un poderoso interés económico en impedir la partida de sus campesinos; tampoco estaban dispuestos a ceder poder político a los nuevos complejos urbanos. De manera similar, emperadores, reyes y otros gobernantes que habían concedido derechos a las ciudades y poblados tenían un gran interés en insertar cláusulas, en sus cartas de fundación, que les aseguraran su continuo dominio sobre los ciudadanos. Con frecuencia, las ciudades tuvieron que luchar por su independencia, que a veces perdieron. Además, no podemos suponer que la mayoría de los campesinos y la pequeña nobleza tuviesen gran interés en salir de los señoríos y las aldeas; hacerlo era correr el riesgo de perder los nexos y valores tradicionales para irse a buscar algo nuevo y desconocido.

Encontramos aquí las limitaciones de la teoría social convencional en sus explicaciones de todo cambio histórico. No basta mostrar que las básicas condiciones sociales, económicas y políticas eran favorables al cambio que acabó por ocurrir. Las condiciones por sí solas no producen cambios, así como la tierra y las semillas por sí solas no producen cosechas. Además, unas condiciones que sean favorables al cambio también pueden ser favorables a la estabilidad. Hasta la teoría marxista del materialismo dialéctico sólo postula que "en última instancia" triunfarán las fuerzas del cambio, dejando abiertas las cuestiones decisivas del tiempo y de las circunstancias. Sin embargo, no se puede saber *por qué* ocurrió un gran cambio histórico sin saber antes *cuándo* y *cómo* ocurrió.

Factores religiosos y jurídicos

Si examinamos más minuciosamente el momento y las circunstancias del surgimiento de las ciudades y poblados modernos de Europa, si nos preguntamos qué causó la urbanización precisamente a finales del siglo XI y durante el XII, y no antes, si queremos explicar el *proceso* por el cual se desarrolló el movimiento urbano y fue llevado a su realización, entonces habremos de tomar en cuenta dos factores que a menudo pasaron por alto los historiadores sociales, económicos y políticos: el religioso y el jurídico.

Las nuevas ciudades y poblados de los siglos XI y XII fueron asociaciones religiosas, en el sentido de que cada una se mantenía unida por valores y ritos religiosos, incluso por juramentos religiosos. Muchas de ellas eran comunas juradas *(conjurationes*, "conspiraciones") y, de éstas, un número considerable habían sido fundadas por organizaciones insurrectas. Las que fueron formadas inicialmente por comerciantes eran gobernadas, a menudo, por un gremio mercantil, el cual era, a su vez, una asociación religiosa dedicada a obras de caridad y otras obras religiosas, así como a la regulación de las actividades empresariales. Las que fueron establecidas por iniciativa imperial, real, ducal o episcopal (o eclesiástica de otra índole) también eran concebidas como hermandades que se mantenían unidas por juramento.

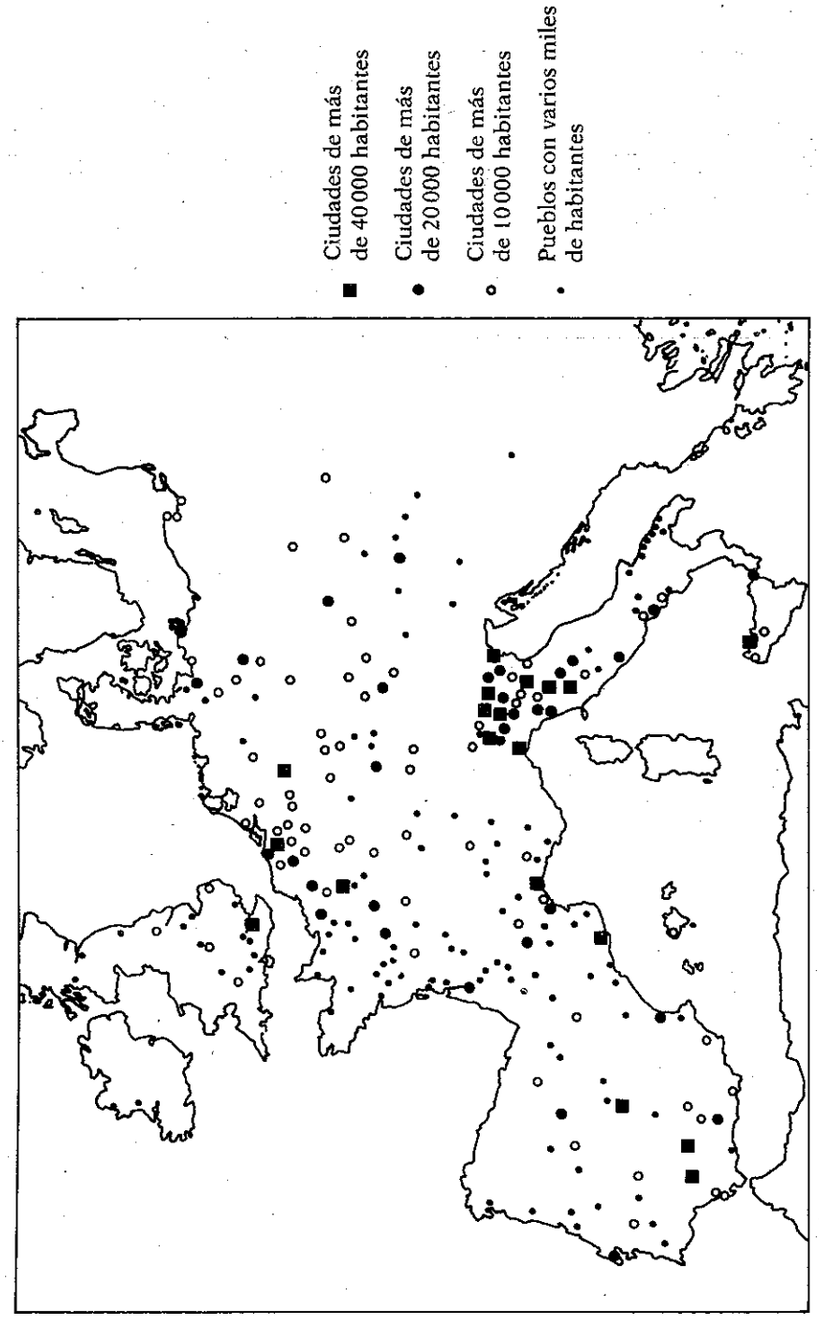
Subrayar el carácter religioso de las ciudades y poblados no es decir que fuesen asociaciones eclesiásticas. Estaban enteramente separadas de la Iglesia, y en ese sentido fueron los primeros Estados seculares de Europa. No obstante, de la Iglesia derivaron gran parte de su espíritu y su carácter. En realidad, que no hubiese sido así sería asombroso, pues brotaron durante la época de la Revolución papal.

Las nuevas ciudades y poblados europeos de los siglos XI y XII también eran asociaciones jurídicas en el sentido de que cada uno se mantenía unido por una común conciencia jurídica urbana y por instituciones jurídicas distintivas urbanas. De hecho, por un acto legal —habitualmente la concesión de una cédula de fundación—, surgieron casi todas las ciudades y poblados de Europa; no se limitaron a brotar, sino que fueron *fundados*. Además, la cédula casi invariablemente establecía las "libertades" básicas de los ciudadanos, por lo general incluyendo considerables derechos de autogobierno. Desde luego, el carácter legal de las nuevas ciudades y poblados de Europa estaba directamente relacionado con su carácter religioso. Las cédulas quedaban confirmadas por juramentos religiosos, y los juramentos, que se renovaban con las sucesivas tomas de poder de sus gobernantes, incluían, ante todo, votos de defender las leyes municipales.

La importancia de los factores religiosos y jurídicos en el surgimiento de las ciudades en Europa occidental puede juzgarse contrastándolas con el desarrollo de las ciudades de la civilización islámica contemporánea del Medio Oriente. Allí, pese a similares factores económicos y políticos (comercio floreciente, industria en pequeña escala, clase media, poderosos gobernantes territoriales), y pese a la ventaja que constituía la supervivencia física de muchas de las ciudades del Imperio romano, la cultura urbana era débil.[5] En lo político y lo económico, las ciudades islámicas carecían de unidad corporativa y de un carácter independiente; eran, en lo esencial, como grandes aldeas, más o menos integradas a los campos. La diferencia decisiva, en una comparación con el Occidente, era que, por una parte, las ciudades y poblados islámicos nunca fueron comunas juramentadas, y nunca consistieron en gremios o hermandades religiosos y, por otra parte, nunca fueron incorporadas ni se les concedieron cédula de derechos y de libertades. En contraste con la cultura occidental, desde la época de la Revolución papal el Islam no tuvo el celo de reformar y de redimir la sociedad secular, ni el concepto de que diversas entidades y sistemas jurídicos en competencia pudiesen servir como instrumento de esa reforma y esa redención.

El surgimiento de la ciudad europea a finales del siglo XI y durante el XII se debió tanto, al menos, a la transformación contemporánea de la conciencia religiosa y jurídica, asociada a la Revolución papal, como a las transformaciones comercial-industriales y político-militares (también relacionadas con la Revolución papal). Lo que hizo posible la urbanización, entonces y no antes, y allí y no en otros lugares, fueron los nuevos conceptos, instituciones y prácticas religiosos y jurídicos —y nuevas pasiones y actos religiosos y jurídicos— con respecto a las comunas y otros tipos de asociaciones fraternales, juramentos colectivos, personalidad corporativa, cédulas de libertades, procedimientos judiciales racionales y objetivos, igualdad de derechos, participación en la legislatura, gobierno representativo y la propia condición de Estado. Esto, a su vez, se relacionó con características estructurales de la tradición jurídica occidental, que eran compartidas no sólo por el derecho urbano, sino también por los nuevos sistemas jurídicos contemporáneos.

Sin una conciencia jurídica urbana y un sistema de derecho urbano es difícil suponer que llegaran a surgir las ciudades y los poblados de Europa. Pero aun si lo hubieran hecho —es decir, aun si de alguna manera hubieran podido formarse en Occidente grandes centros de comercio e industria, densamente poblados, sin un fundamento en el derecho urbano—, tal vez habrían sido, como las antiguas ciudades romanas, simplemente avanzadas administrativas y militares de alguna autoridad central (o autoridades), o bien, como las ciudades islámicas, simplemente habrían sido grandes aldeas, sin su carácter independiente de ciudades, sin una vida comunitaria urbana autónoma e integrada, o tal vez como alguna otra cosa;



MAPA 3. *Ciudades y pueblos de Europa occidental hacia el año 1250*

pero no habrían sido ciudades en el moderno sentido occidental. No habrían tenido la unidad corporativa consciente ni la capacidad de desarrollo orgánico que han dado su carácter único a la ciudad occidental.

Orígenes de las ciudades y los poblados de Europa occidental

En los primeros decenios del siglo XIV —antes de que la Peste Negra de 1348-1350 se llevara al menos un tercio, y posiblemente más de la mitad de la población urbana— había tal vez seis millones de europeos occidentales viviendo en ciudades y poblados, de una población total de cerca de sesenta millones. Aunque es imposible obtener estadísticas exactas para este periodo de la historia, sin embargo hay testimonios suficientes en apoyo de un cálculo bien informado de que a finales del siglo XII había cerca de cuatro millones de habitantes de las ciudades, de una población total de cerca de cuarenta millones. Algunos especialistas calculan que, a comienzos del siglo XIV, cuatro ciudades —Venecia, Florencia, Palermo y París— tenían una población de más de cien mil personas cada una, y otras cinco —Milán, Génova, Barcelona, Colonia y Londres— una población de cerca de cincuenta mil habitantes cada una. Algunos especialistas calculan que un numeroso grupo de ciudades, que incluía a Bolonia, Padua, Gante, Brujas, Estrasburgo, Nuremberg, Lübeck y Hamburgo, tenían entre 2 000 y 40 000 habitantes, y un grupo más numeroso aún, que incluía a York, Bristol, Ypres, Amberes, Augsburgo, Francfort, Zurich, Basilea y otras, tenían entre 6 000 y 20 000.[6] Otras estimaciones son más altas: algunos expertos atribuyen a Milán y Venecia cerca de 200 000 habitantes cada una, y a Génova y Nápoles (junto con Florencia, Palermo y París) cerca de 100 000 cada una.[7] Otro autor ha asignado a París cerca de 100 000 habitantes a finales del siglo XII y cerca de 240 000 a finales del XIII.[8] Y luego, en el otro extremo de la gama, había miles de poblados de menos de 6 000 habitantes, muchos de ellos con sólo algunos centenares (mapa 3).

Estas ciudades y poblados, muy diversos en tamaños, surgieron y se desarrollaron de maneras muy diversas y por muy distintas razones. Y, sin embargo, también había algunas pautas comunes que hacían de todas ellas ciudades y poblados, así como hay ciertas pautas comunes que hacen que las más diversas naciones-Estados del siglo XX sean, todas ellas, naciones-Estados.

La mejor manera de descubrir esas pautas comunes consiste en describir el origen y el temprano desarrollo de varias clases de ciudades y poblados de varias partes de Europa, comenzando en Francia y pasando a Normandía, Flandes, los ducados alemanes, Inglaterra y, por último, Italia.

Picardía (Francia): Cambrai, Beauvais y Laon

Cambrai, sede de una antigua ciudad romana llamada Camaracum en Picardía (en el lejano norte de lo que hoy es Francia), había sido invadida por magiares y normandos. En el siglo X se convirtió en una pequeña *civitas* episcopal, con un barrio *(faubourg)* de comerciantes, rodeado por una palizada, fuera de sus murallas. Para el año 1070, los comerciantes suburbanos se habían vuelto tan prósperos y fuertes que exigieron que su barrio también fuese amurallado.

En 1075, poco después que el papa Gregorio VII declarara la unidad política y jurídica de la Iglesia y su independencia del Imperio, la población de Cambrai, encabezada por un sacerdote papista y por ricos comerciantes, se levantó contra la autoridad del emperador y de su obispo y "juró una comuna". Esta rebelión pronto fue sofocada. Y, sin embargo, dos años después, cuando un nuevo obispo salió de la diócesis para ir a recibir la investidura imperial, estalló una nueva revuelta. Encabezados otra vez por un sacerdote gregoriano y por los comerciantes más ricos, los ciudadanos prestaron juramentos de fidelidad a la comuna, y se comprometieron a defenderla contra toda restauración de la autoridad episcopal. Sin embargo, en el año 1106, el propio emperador intervino para reprimir la comuna. Sólo después de la Querella de las Investiduras (1122) recibió Cambrai una moderna cédula de libertades; la más antigua copia que se conserva lleva la fecha de 1184.[9]

Otras ciudades episcopales de Picardía siguieron el ejemplo de Cambrai levantándose contra la autoridad imperial a finales del siglo XI y comienzos del XII y estableciendo comunas juramentadas. Como en el caso de Cambrai, los obispos, cuyo poder se había derivado originalmente del emperador, a menudo (aunque no siempre) estuvieron contra las comunas, mientras que el partido papista frecuentemente las apoyó.[10] Esto ocurrió no sólo en la Francia septentrional, sino también en los Países Bajos y el norte de Italia, donde estallaron revueltas urbanas similares a las de Cambrai.

Beauvais —también en Picardía— es de particular interés, porque en el siglo XII recibió una cédula que otorgaba grandes poderes de autogobierno y extensos privilegios a sus ciudadanos (burgueses). En Beauvais, en los últimos años del siglo XI, después de cuatro décadas de enconado conflicto entre los burgueses y una asociación de obispos, se instituyó una comuna juramentada. Con el tiempo, el rey Luis VI (1108-1137) emitió un decreto que reconocía la autoridad de la comuna, decreto confirmado en 1144 por Luis VII y (con algunas adiciones) en 1182 por Felipe *Augusto*. Los 17 artículos de la cédula incluían las estipulaciones siguientes:

> todos los hombres dentro de las murallas de la ciudad y en el suburbio prestarán juramento a la comuna;

cada cual ayudará al otro de la manera que le parezca mejor;

si un hombre que ha prestado juramento a la comuna sufre una violación de sus derechos y se presenta una reclamación ante los pares de la comuna [en francés *pairs*, literalmente "iguales", refiriéndose en general a los principales ciudadanos], ellos harán justicia contra la persona o propiedad del ofensor, a menos que se enmiende de acuerdo con el juicio de ellos; y si el ofensor huye, los pares de la comuna se unirán para obtener satisfacción en su persona o su propiedad, o en aquellos con quienes se haya refugiado;

de manera similar, si un comerciante viene a Beauvais al mercado y alguien de la ciudad viola sus derechos, y se presenta una reclamación a los pares, darán satisfacción al comerciante;

nadie que haya violado los derechos de un hombre de la comuna será admitido en la ciudad, a menos que se enmiende según el juicio de los pares; esta regla podrá suprimirse a criterio de los pares, en el caso de las personas a quienes el obispo de Beauvais haya traído a la ciudad;

nadie de la comuna concederá crédito a sus enemigos, y nadie les hablará, salvo con autorización de los compañeros;

los compañeros de la comuna jurarán que han de juzgar con justicia, y todos los demás jurarán que observarán y aplicarán el juicio de los pares.[11]

Otras estipulaciones trataban de la regulación de los molinos, la recaudación de las deudas (nadie sería detenido como rehén por una deuda), la protección comunal de los alimentos, iguales medidas de paños y restricciones a varios servicios laborales feudales que aún se debían al obispo.

La cláusula no especificaba la forma de gobierno de la comuna, sino que sólo establecía que sus compañeros se encargarían de dar juicio y de asegurar la vida y propiedad de sus miembros. De hecho, la cláusula no añadía nada a lo que ya se había establecido al menos uno o dos decenios antes, salvo su cláusula final, la cual declaraba que "nosotros [el rey] concedemos y confirmamos la justicia y el juicio que harán sus pares". En suma, la cláusula era el reconocimiento de un hecho consumado: el levantamiento —en plena Revolución papal— de los burgueses de Beauvais, su formación de una comuna juramentada y la limitación del poder político y económico del obispo, quien antes no sólo había sido el principal eclesiástico, sino también el principal señor feudal del lugar, que participaba de lleno en la política local e interfamiliar.[12] Aunque la cédula misma fuese lacónica en extremo, con toda claridad daba a entender que quedarían severamente restringidos los derechos señoriales en la población de Beauvais.

La cláusula de que "todos los hombres" prestarían juramento a la comuna y quedarían sometidos a su jurisdicción no pretendía incluir a clérigos o nobles, viviesen o no dentro de las murallas. De hecho, las nuevas comunidades urbanas de Europa se hallaban en competencia con las autoridades clericales y feudales. Y en el trasfondo, ayudando a regular esta competencia, se encontraban las autoridades centrales, reales y papales.

El caso de Beauvais fue un tanto insólito, aunque distara de ser único, ya que las autoridades episcopal y feudal quedaron unidas en la persona del obispo. El tribunal feudal del obispo de Beauvais, al que asistía toda la nobleza ("los hombres libres") subordinada a su señorío feudal, mantenía una considerable jurisdicción secular, penal y civil sobre la ciudad. Sin embargo, en conjunto, éstas y otras prerrogativas feudales del obispo declinaron en el curso de los siglos XII y XIII, en parte porque la Corona francesa dio considerable apoyo a las ciudades en su lucha contra el dominio feudal. Otra cosa era la jurisdicción eclesiástica del obispo: aquí, los esfuerzos de las autoridades comunales por reducir las inmunidades del clero ante la jurisdicción comunal fueron casi siempre vanos, en parte porque en esta pugna no sólo el papado, sino también la Corona, generalmente estaban del lado de la Iglesia. Una ordenanza de Felipe *Augusto*, en 1210, prohibió a los magistrados de las poblaciones francesas arrestar a clérigos, a menos que fuesen sorprendidos en flagrante delito, y aun entonces serían entregados al tribunal eclesiástico, único con capacidad para juzgarlos en casi todo tipo de casos. Por último, la comuna tenía que ceder ante la autoridad real para que hiciera "alta justicia", es decir, que tendría jurisdicción sobre delitos capitales así como cierta jurisdicción de apelación en casos de justicia "mediana" y "baja".

No obstante, pese a estas limitaciones a manos de las autoridades feudales, episcopales y reales, subsistió una considerable jurisdicción autónoma en la comuna sobre sus propios miembros, y un cuerpo considerable de derecho comunal autónomo y distintivo.[13]

Muchas de las nuevas comunas de Francia, en el Norte y en el Sur, así como en muchas otras partes de Europa, se llamaban "comunas para la paz" *(communia pro pace)*. Entre ellas se encontraba Laon, situada no lejos de Beauvais y de Cambrai, donde en 1128 Luis VI proclamó una *Institutio Pacis*, reconociendo la ciudad como "asilo de la paz y seguridad para todos, libres o no libres".[14] También allí el problema político inmediato fue el conflicto entre el obispo y los ciudadanos, que en parte fue un conflicto dentro de la Iglesia por la naturaleza de la autoridad episcopal y las pretensiones reales y papales, opuestas a la lealtad episcopal, y en parte, un conflicto entre intereses y valores económicos y sociales feudales y urbanos. La supresión de la comuna anterior fue seguida por un largo periodo de desorden. De hecho, en 1112 el obispo fue asesinado. La *Institutio Pacis* fue un intento de llegar a un acuerdo, con el espíritu del reciente Concordato de Worms (1122), por el cual se había llegado, por fin, a un compromiso en la Querella de las Investiduras. Se reconoció la superior jurisdicción feudal del obispo de Laon, quien continuó nombrando a los jueces locales *(échevins)*; pero el alcalde y los "jurados" *(jurati, jurés*, o tomadores del juramento, equivalentes a los compañeros de Beauvais y otras comunas) también tenían jurisdicción para aplicar las costumbres de la ciudad y para hacer justicia cuando fallara la justicia del obispo. Los siervos que llegaran del exterior a la ciudad recibirían la libertad, y los siervos de los señores locales quedarían liberados de muchas obligaciones; se

abolieron la *mainmorte* y la *formariage* y se redujo la *taille* a un pago fijo, limitado a ciertas personas.

En Picardía, como en otras partes de Europa, el tiempo estaba en favor del autogobierno urbano. Donde subsistían nombramientos episcopales, como en Laon, las personas nombradas se volvían magistrados municipales, y, a finales del siglo XII, generalmente eran elegidas por los jurados. Por dondequiera un pequeño grupo de hombres, nombrados por los ciudadanos más importantes y elegidos por toda la población, constituían la magistratura.

Francia: Lorris y Montauban

Las muy extensas libertades concedidas por Luis VI a las ciudades episcopales de Picardía pueden contrastarse con las que Carl Stephenson llama las "libertades elementales", concedidas por el mismo monarca a veintenas de poblados en la *demesne* real, situada en la zona de París y regiones adyacentes. Uno de tales poblados, Lorris, cerca de Orleans, recibió de Luis VI una célebre cesión que sirvió como modelo para muchos lugares semejantes. Fijaba una renta máxima por casa y tierra, eliminaba la *taille* y varios otros impuestos, reducía las obligaciones militares a un día de servicio en la vecindad inmediata, eliminaba las *corvées*, excepto para los hombres que poseyeran carros y caballos, quienes tenían que llevar el vino del rey, una vez al año, a Orleans. Limitaba las multas y los castigos, reducía las alcabalas, los pagos aduanales y otros. Establecía que cualquier persona que viviera en paz un año y un día en la ciudad, con ello quedaría libre y ningún amo anterior podría reclamarla. Los ciudadanos podrían vender sus posesiones e irse a otros lugares. No se les podría juzgar fuera de la ciudad, y para los juicios dentro de ella se establecían varias reglas de procedimiento. No se concedería crédito obligatoriamente, aunque el rey y la reina tendrían dos semanas de plazo para pagar sus alimentos.

Refiere Stephenson:

> Lorris era un poblado muy pequeño, con libertades, claramente, de segundo grado. No tenía un gobierno propio; todos los poderes políticos estaban reservados al rey y sus ministros. Y, sin embargo, quedó claramente marcada la condición privilegiada de sus habitantes... El hombre de Lorris... era económica y legalmente libre. Distaba mucho del régimen arbitrario de la explotación por rey o hidalgo. Su tenencia y su condición eran típicamente burguesas... Su propiedad normal no era un campo, sino un lote de construcción. Los privilegios de los residentes eran, en esencia, como los que por doquier estaban exigiendo, como mínimo, los comerciantes locales. Por esta razón, las costumbres de Lorris fueron tan notablemente célebres durante los siglos siguientes.[15]

Si las libertades de Lorris fueron más "elementales" que las de Beauvais, ello fue sin duda porque Lorris era una morada real, mientras que Beauvais se encontraba en las tierras de uno de los vasallos de Luis. No sólo los reyes, sino también los duques, condes y otros gobernantes territoriales tenían poderosos incentivos para favorecer los asentamientos en poblados que se encontraran en sus tierras, y a los que atraían a artesanos, obreros y comerciantes, de quienes podían obtener rentas en efectivo. Sin embargo, al mismo tiempo, el gobernante territorial se mostraba renuente a abandonar su dominio político sobre los poblados. El carácter y extensión de las libertades otorgadas dependían de un delicado equilibrio de fuerzas e intereses. Un buen ejemplo lo constituye la carta de libertades concedida en 1144 a Montauban, en el sur de Francia, por el conde Alfonso de Tolosa. El conde había ofrecido, como sitio para un nuevo asentamiento, una sección de sus propias tierras, adyacente a la vieja ciudad de Montauriol, que había sufrido disturbios crónicos entre los lugareños y el principal de la abadía a lo largo de cuyas murallas se había edificado Montauriol. Deseando atraer gente de Montauriol, el conde no sólo otorgó libertades similares a las antes concedidas por Luis VI a Lorris, sino que, además, aceptó consultar varias cuestiones con "lugareños de la mejor calidad". Es probable que la nueva ciudad fuese organizada y financiada con ayuda de esos lugareños. A finales del siglo, Montauban estaba siendo administrada por sus propios funcionarios elegidos.[16]

Normandía: Verneuil

En los siglos XI y XII, las poblaciones de Normandía no eran muy distintas de los poblados franceses con respecto a sus libertades, gobierno y leyes. El clásico ejemplo de la carta de una ciudad normanda es la otorgada a Verneuil por Enrique I, duque de Normandía y rey de Inglaterra de 1100 a 1135. La carta declaraba que cada ciudadano (burgués) recibiría tres acres de tierra y huerto, por los cuales pagaría doce denarios anuales, sin que importase el número de casas que edificara. También había de pagar una cuota inicial de siete denarios para ser ciudadano, más una suma anual de cuatro denarios para el mantenimiento de la vigilancia. Estas sumas eran pequeñas. Ningún ciudadano tenía obligaciones militares a menos que el rey, en persona, estuviera al frente del ejército. No se le podían imponer asuntos reales, salvo para el propio servicio del rey. No se le podía exigir que diera crédito, ni siquiera para beneficio del propio rey. Estaba libre permanentemente de todos los cargos aduanales por importación durante tres años, y de ciertos pagos aduanales, como por alimentos y ropa para satisfacer necesidades personales. El rey podía gravar las ventas del mercado local, incluso las ventas de ganado, vino, sal, cereales, pescado, cuero y paños. Mediante el pago de sumas especificadas, los ciudadanos podían ser molineros, panaderos, cerveceros y fabricantes de vino. Si bien la justicia quedaría en manos del *prévot*, los juicios se celebrarían en la ciudad, salvo

en aquellos casos en que se llevaran las quejas al rey en persona. En palabras de Stephenson:

> Los artículos elaborados limitaban las multas y castigos que [podían] ser infligidos en ciertos casos, prescribían los métodos para el cobro de las deudas, restringían los llamados al combate y establecían provisiones para la otra docena de asuntos judiciales considerados importantes por una población urbana.[17]

Al correr de los años, las libertades de Verneuil también se extendieron a otras varias ciudades normandas.

Flandes: Saint-Omer, Brujas y Gante

A mediados del siglo XII, Flandes se había vuelto la principal región industrial de Europa, básicamente por virtud de su industria textil, y Brujas y Gante eran las ciudades comerciales más florecientes al norte de Génova y Milán. Aunque el conde de Flandes fuera vasallo del rey de Francia, gobernó Flandes con total independencia del rey durante los siglos XI, XII y XIII. Al mismo tiempo, las ciudades de Flandes, aunque subordinadas políticamente a un gobernante poderoso, lograron considerable independencia; de hecho, más que sus equivalentes francesas. Algunas de las ciudades flamencas comenzaron siendo comunas revolucionarias, pero en su mayoría parecen haber logrado la categoría comunal por la vía pacífica, con ayuda del conde, quien otorgaba cédulas generosamente, pero tenía buen cuidado de incluir en ellas ciertos derechos propios.

La carta de Saint-Omer, otorgada por el conde Guillermo Clito en 1127, sirvió como modelo de cartas posteriores concedidas a otras ciudades flamencas. Declaraba que Guillermo, a petición de los ciudadanos (burgueses), confirmaba las leyes y costumbres de Saint-Omer y la independencia de la comuna que todos ellos habían jurado. A todos los ciudadanos se les garantizaba la paz y la justicia, de acuerdo con el recto juicio de sus *échevins*, que "gozarán de toda libertad de que gocen los *échevins* por las tierras de Flandes". Los *échevins* juzgarían las disputas que surgieran en el poblado propiamente dicho (el "foro"). Sin embargo, el *prévot* del conde y el clero también conservarían su jurisdicción sobre ciertos tipos de disputas.[18] La carta confirmaba los antiguos derechos de pastoreo de los ciudadanos y su antigua exención del servicio militar, salvo el servicio para defender al condado de Flandes. También quedarían libres de varios impuestos y servicios feudales: *chevage, avouéries*, exenciones injustas por la guarnición del castillo, escote y *taille*.[19] Además, la cédula reconocía el gremio mercantil de la ciudad. Se declaraba que los miembros del gremio quedaban exentos de varios impuestos de peaje, y el conde prometía lograr para ellos, si le era posible, similares libertades en Normandía, Inglaterra y Boulogne. Por último, el conde Guillermo cedía a los lugareños, para beneficio de su gremio mercantil, su troquel de Saint-Omer, que anualmente producía treinta libras. Esto significaba que Saint-Omer acuñaría su propia moneda. Podría obtener provecho de la acuñación, y los impuestos pagaderos al conde no podrían ser cubiertos con monedas adquiridas en otros lugares.[20]

La cédula de Saint-Omer no se proponía dar a sus ciudadanos una independencia formal del gobernante territorial. El conde conservaba la jurisdicción sobre el poblado, y los *échevins* serían nombrados por él entre los ciudadanos, y actuarían como sus jueces. Sin embargo, en realidad, los *échevins* al principio fueron nombrados de por vida, lo que les daba una cierta independencia y, después, cuando llegaron a ser elegidos anualmente, eran escogidos por los ciudadanos de acuerdo con todo un sistema de elección.

Brujas y Gante, como Saint-Omer, tenían una comuna juramentada, una junta de *échevins* y un gremio mercantil.[21] Desde luego, eran mucho más grandes que Saint-Omer, contándose entre las quince o veinte ciudades más importantes de Europa. El conde Felipe (1169-1191) otorgó cédulas, llamadas *keure* a Brujas y otras ciudades flamencas, estableciendo así las bases legales para un limitado autogobierno y para los derechos y las libertades de sus ciudadanos.

Alemania: Colonia, Friburgo, Lübeck y Magdeburgo

La floreciente ciudad romana de Colonia, en el bajo Rin, entró en marcada decadencia después de ser conquistada por los francos en el siglo V. Persistió una cierta actividad comercial e industrial, y la presencia de un obispado y una catedral le dio un elemento de continuidad. Pero Colonia dejó de ser una ciudad en el sentido romano, y no era ni siquiera una ciudad en el moderno sentido europeo. Por descuido, el puerto fluvial quedó convertido en una marisma; la producción de cristal fue transferida a los campos; las dimensiones de la población declinaron hasta no ser más que la de una gran aldea. El gobierno, principalmente en manos del arzobispo, quedó integrado en el de la región circundante, la Lotaringia (Lorena).[22]

En el año 953, el emperador Otón III nombró a su hermano menor, Bruno, duque de Lotaringia y arzobispo de Colonia. Bruno encerró el *wik* suburbano de los comerciantes dentro de las fortificaciones de la ciudad. Él y sus sucesores, a finales del siglo X y principios del XI, establecieron mercados, sitios de peaje y una casa de moneda. Para 1074, los comerciantes y artesanos se sintieron lo bastante fuertes y unidos para levantarse contra el arzobispo, quien, no obstante, logró movilizar tropas del exterior y sofocar la rebelión. En 1106, en cambio, otra rebelión confirmó que ya se había establecido un gobierno municipal independiente y un sistema de derecho urbano que, en realidad, fue llamado frecuentemente, en

el siglo XII, *ius coloniensis* ("derecho de Colonia") y, ocasionalmente, *ius civilis* ("derecho de la ciudad").

El arzobispo de Colonia siguió siendo figura importante en la vida de la ciudad, y gobernando todo el ducado de Lotaringia, y habitualmente también de Westfalia. No obstante, su papel político y gubernamental dentro de la ciudad fue grandemente reducido en el siglo XII, cuando fue complementado y hasta cierto punto remplazado por un sistema de gobierno por funcionarios elegidos que actuaban dentro de varios cuerpos de patricios.

Colonia era especial por estar organizada en comunidades parroquiales seculares *(Sondergemeinden)*, autogobernadas, a veces llamadas comunas, en número de doce, cada una de las cuales solía tener dos magistrados elegidos (probablemente cada año) por los miembros de la comunidad parroquial. Los magistrados pasados y presentes y los candidatos a magistrados formaban una fraternidad o gremio *(Amtleutegenossenschaft*, "hermandades de funcionarios"), que desempeñaba un papel importante en los asuntos urbanos. Se podía ingresar en la comunidad de la parroquia adquiriendo en ella propiedades hereditarias, registrándolas y pagando una cuota. Los miembros se obligaban a ayudarse y defenderse mutuamente contra todo el que les hiciese una acusación. Las acusaciones y defensas con respecto a propiedades, dentro de la parroquia, se harían en el tribunal civil de ésta, con derecho de apelación a la asamblea plenaria del gremio de magistrados de la propia parroquia. Los delitos y las ofensas menores contra la comunidad de la parroquia se juzgarían en su tribunal penal; las acusaciones las haría un comité del gremio de magistrados de la parroquia seleccionados para investigar los alegatos de delitos u ofensas. Si un miembro de la parroquia se negaba a responder a una acusación hecha contra él en el tribunal, sería expulsado de la comunidad. Todo el que intentara violar las regulaciones de la comunidad sufriría castigo eterno, en compañía del demonio y sus ángeles caídos.

Entre las funciones más importantes de la parroquia estaba el registro de transferencias e hipotecas de tierras. Una de las primeras entradas en uno de los registros parroquiales describe el procedimiento por el cual Heinrich Longus compró una casa a un tal Gottfried. La compraventa se hizo "ante los ciudadanos y magistrados de la parroquia, y ante los jueces y rectores". Luego, Heinrich pagó a los ciudadanos y jueces la cuota habitual por atestiguar la transacción y su registro. Todo el que dudara del hecho del registro recibía instrucciones específicas para consultar el registro *(Schrein)* de los jueces, donde descubriría la verdad. Por último, Heinrich apareció en el ayuntamiento y transfirió al hijo y heredero de Gottfried tres marcos, en presencia de los consejeros de la ciudad *(scabini, Schoeffen)*, asegurándose con ello a sí mismo y a sus herederos contra toda reclamación de los herederos del vendedor.

Sin embargo, las tareas de los consejeros de la ciudad no se reducían a atestiguar transacciones y llevar sus registros. Principalmente, estos asesores

hacían las veces de jueces laicos, fuese en el tribunal superior *(Hochgericht)* como cuerpo en general, junto con un juez profesional, que presidía, o fuese, en casos menores, individualmente. En el tribunal superior atendían casos en primera instancia, así como apelaciones civiles y penales de los tribunales de los magistrados parroquiales. Ellos declaraban la ley y rendían juicio, que el juez profesional ejecutaba. Literalmente, "encontraban" el juicio; se decía que ellos representaban el conocimiento acumulado del derecho consuetudinario. Cuando un consejero juzgaba un caso por sí solo, luego turnaba la decisión a los otros consejeros en busca de su consentimiento.

En todo momento había cerca de 25 consejeros en servicio activo. Sin embargo, también los consejeros pasados y los candidatos a asesores eran incluidos entre los "hermanos" *(fratres scabinorum)*, quienes, como los magistrados de la parroquia, constituían un gremio. Aunque prestaban juramento de lealtad al arzobispo, también estaban obligados por juramento a declarar la ley y a juzgar imparcialmente. Los informes de sus casos incluyen decisiones contra los intereses del arzobispo, así como decisiones contra los intereses de los comerciantes de Colonia. Y, en cierto número de casos del siglo XII, en que el arzobispo, actuando por medio de su chambelán, afirmó que varios miembros de las comunidades parroquiales eran miembros de la *familia* del arzobispo y por tanto estaban sujetos a ciertos impuestos recabados por el chambelán, los consejeros fallaron en contra del chambelán. Y en 1103, según el documento más antiguo en que se menciona a los consejeros, en un caso presentado por los comerciantes de Lieja y de Huy contra los comerciantes de Colonia, exigiendo privilegios concedidos por el anterior arzobispo de Colonia, los consejeros decidieron en favor de los comerciantes extranjeros.

Además de sus funciones judiciales, los consejeros ejercían muchos de los poderes de un concejo urbano, y en ese papel a menudo se les llamaba no sólo consejeros *(scabini)*, sino también ancianos *(senatores)*. Los registros de Colonia en el siglo XII muestran a los *scabini* o *senatores* planeando y aprobando la expansión de los muros de la ciudad, haciendo donativos de tierras de la ciudad con propósitos caritativos, administrando propiedades de la ciudad (como los puestos de vendedores de carne y pescado, que pertenecían a la ciudad, y no a un gremio) y, hasta en tres ocasiones, haciendo tratados con otras ciudades que concedían varios derechos a sus comerciantes... sin la confirmación del arzobispo.

Además de los magistrados parroquiales y de los *scabini* o *senatores*, un tercer gremio gobernaba Colonia, la *Richerzeche*, que literalmente significaba "taberna de los ricos". Dos miembros de la *Richerzeche* eran elegidos anualmente como *Bürgermeister* ("alcaldes"), uno de los cuales tenía que ser un *scabinus;* y la propia *Richerzeche* estaba formada por los alcaldes pasados y presentes y los candidatos a alcalde. Su tarea principal consistía en regular los gremios de artesanos y los mercados, así como las condiciones del comercio (incluyendo los precios) de productos agrícolas, vino y

cerveza. La *Richerzeche* (o *Bürgermeister)* tenía un tribunal en los tres principales mercados para vigilar la observancia de sus ordenanzas. La *Richerzeche* también atendía las apelaciones contra decisiones de los tribunales civiles de los magistrados parroquiales.

El gobierno municipal de Colonia estuvo formado exclusivamente por patricios durante el siglo XII. El único freno a la autoridad patricia era el del arzobispo, quien nombraba a dos funcionarios importantes: uno de ellos, llamado el *Burggraf* ("conde de la ciudad"), presidía a los asesores en los procedimientos judiciales del tribunal superior y era, además, el comandante militar de la ciudad, con autoridad sobre las calles y plazas públicas; el otro, llamado el *Stadtvogt* ("prefecto de la ciudad"), presidía ciertas sesiones generales del tribunal superior. Sin embargo, la autoridad de estos dos funcionarios y la del propio arzobispo llegó a quedar subordinada a la de los gremios de consejeros, alcaldes y magistrados de la parroquia. La autoridad del arzobispo fue resurgiendo gradualmente en el curso del siglo XIII, mas para entonces la ley de Colonia había adquirido un carácter propio que en algunos aspectos, aunque no en todos, trascendía la estructura del poder político.

Entre muchos estudiosos se ha discutido el origen del gobierno municipal de Colonia: sobre si su fuente primera fue un movimiento de paz, una comuna revolucionaria, una comunidad territorial o el gremio mercantil. Pudo haber sido cualquiera de éstos, o una combinación de ellos, sin afectar la cuestión más general de la relación del gobierno municipal y del derecho municipal de Colonia con la gran transformación de Europa que ocurrió en la época misma en que Colonia estaba estableciendo su identidad política y jurídica. La separación de la ciudad de la arquidiócesis y del ducado que la rodeaban, el establecimiento de sus propias instituciones urbanas seculares y, ante todo, el establecimiento de su propia historia política y jurídica —es decir, conciencia histórica, o sentido de desarrollo y crecimiento orgánico— fueron posibles gracias a que la propia Iglesia había declarado el dualismo de las autoridades eclesiásticas y seculares y había apoyado el pluralismo de las autoridades seculares; y, además, por el hecho de que la idea de la reforma gradual del mundo por medio del derecho era ya un concepto principal y un motivo imperante en las esferas eclesiástica y secular. Estos cambios revolucionarios en las mentes y los corazones del pueblo fueron parte esencial de los cambios revolucionarios ocurridos en la vida política, económica y social por toda Europa a finales del siglo XI y durante el XII. La fundación de ciudades que se gobernaban a sí mismas y de un nuevo tipo de derecho, el derecho urbano, fue expresión importante de estos cambios, tanto en Colonia como en cualquier otra parte.

Colonia fue una excepción en el método habitual de formar poblaciones en los ducados alemanes: la concesión de cédulas por emperadores y príncipes. A veces, el emperador otorgaba esas cédulas para aplacar a lugareños rebeldes; así, el pueblo de Worms formó una *conjuratio* contra su obispo

en 1073, y recibió ciertas libertades del emperador Enrique IV. Maguncia lo siguió en 1077. Otras cédulas fueron otorgadas por príncipes. Uno de los primeros ejemplos de semejante cédula fue concedida a Friburgo en 1120 por el duque Conrado de Zähringen, quien estableció un llamado foro (poblado) en tierras yermas adyacentes a uno de sus castillos. El foro se formó originalmente con comerciantes invitados de las regiones contiguas. El nombre mismo de Friburgo ("burgo libre") revelaba su carácter. La libertad de sus habitantes consistía en su exención de la ley ordinaria de los campos y en su sujeción a la ley especial de las comunidades mercantiles. La cédula establecía que cada ciudadano *(burger)* tendría una parcela de tierra de cincuenta por cien pies, por la cual sólo habría de pagar un chelín de renta anual; el duque se comprometía a garantizar la paz y la protección de todos los colonos; ellos ocuparían sus tierras por derecho hereditario, con el privilegio del derecho de venderlas y legarlas libremente; quedarían exentos de todo mantenimiento forzoso, de todo pago de peaje por el ducado y de toda *taille* o ayuda, salvo para una expedición militar lícita; compartirían el libre uso de las tierras de pastoreo, los bosques y ríos; sólo estarían sujetos a la ley de los comerciantes, en particular a la ley de que disfrutaban los comerciantes de Colonia; y el duque no nombraría a ningún magistrado importante o sacerdote que no hubiese sido elegido por los comerciantes. Los comerciantes y funcionarios ducales juraban conservar y defender este asentamiento, y el duque aceptaba el mismo compromiso por medio de un solemne apretón de manos. Pronto, todo un grupo de elegidos *conjuratores fori* ("hombres selectos") quedaron asociados al principal magistrado del gobierno; en el siglo XIII se les empezó a llamar cónsules.[23]

El ejemplo de Friburgo, como el de Saint-Omer, tiende a apoyar la tesis de Pirenne, compartida por Stephenson, según la cual los comerciantes desempeñaron el papel principal en la formación de ciudades. Sin embargo, aun en esas ciudades, y en otras similarmente formadas, pronto se pidió a los comerciantes que compartieran su poder con otras clases o elites: con gremios de artesanos, con la nobleza (que incluía a los obispos) y a menudo con príncipes, reyes y emperadores.

Lübeck, puerto del Báltico, fue fundado en 1143 por el conde Adolfo II de Holstein, quien invitó a establecerse allí a residentes de Westfalia, Flandes y Frisia. En 1158, la ciudad fue tomada por Enrique *el León,* el duque güelfo de Sajonia, quien estableció allí un troquel y puntos de peaje y otorgó a los lugareños privilegios especiales, incluso una forma de gobierno tomada de la ciudad de Soest. (Enrique también fundó Munich y Brunswick.) En 1181, el emperador Federico *Barbarroja* se apoderó de Lübeck y después le otorgó una cédula de libertades, que incluía ciertos derechos de autogobierno y exención a los comerciantes de todos los peajes que hubiese en el ducado de Sajonia. A mediados del siglo XIV, Lübeck era ya la ciudad más rica del Norte.[24]

Tal vez la ilustración más gráfica del nacimiento y desarrollo de un sistema de derecho urbano dentro de la tradición jurídica occidental sea el proceso por el cual las leyes de más de una docena de importantes ciudades alemanas fue formalmente aceptado en los centenares de ciudades nuevas que se fundaron entre los siglos XII y XIV. Por ejemplo, las leyes de Lübeck fueron recibidas en 43 ciudades, las de Francfort en 49, las de Hamburgo en cuatro, las de Friburgo en 19, las de Munich en 13, las de Bremen en dos, las de Brunswick en tres. Sin embargo, más importante aún fue la diseminación de las leyes de Magdeburgo, ciudad situada a orillas del Elba, a más de ochenta ciudades nuevas.[25] El *Magdeburger Recht* llegó a ser la base predominante del derecho escrito para la Europa central y oriental.

A pesar de todo, lo que acogió cada ciudad nueva dentro de su particular "círculo jurídico" *(Rechtskreis)* no fue el *Magdeburger Recht*, o el *Lübecker Recht*, o el *Frankfurter Recht*, sino, en cambio, las leyes de la "ciudad madre", tal como existían en la época de la recepción. Característicamente, el señor de la nueva "ciudad hija" concedería, digamos, el *Magdeburger Recht*, y entonces las autoridades de la ciudad se dirigirían a Magdeburgo, cuyos principales funcionarios judiciales, los asesores o *Schoeffen*, prepararían una nueva edición de las leyes de Magdeburgo por entonces en vigor, o de las partes de ellas que se les pidieran: por ejemplo, las que trataran del gobierno de la ciudad, la administración de justicia, los gremios y el derecho civil y penal. Algunas ciudades mandaban pedir, varias veces, leyes puestas al día. Asimismo, los tribunales de la ciudad hija con frecuencia presentarían casos individuales a los consejeros de la ciudad madre, y recibirían declaraciones de las reglas aplicables a las particulares situaciones *de facto*. Podemos ver así, reflejado en las leyes y decisiones de las ciudades más jóvenes, el desarrollo orgánico del original *Magdeburger Recht* o *Lübecker Recht* u otra "ley madre" *(Mutterrecht)*.[26]

Durante siglos, Magdeburgo había sido un centro de comercio con los eslavos. En el año 968 pasó a ser un arzobispado. Después sería una importante base militar para los ataques contra los eslavos. Sin embargo, sólo a comienzos del siglo XII desarrolló Magdeburgo su propio gobierno continuo, sus instituciones legales y su propia conciencia cívica. En 1129 brotó un levantamiento armado de los ciudadanos contra el arzobispo, que él logró sofocar; también en ese año apareció por vez primera la expresión *maiores civitates* ("ciudades mayores") en un documento de Magdeburgo. En el decenio de 1160 se hicieron referencias a los "consejeros y jueces de la ciudad de Magdeburgo". También en este periodo desempeñaron los gremios un papel importante; en 1183 fue confirmado su *status*. Ese mismo año apareció por vez primera una referencia al tribunal de los consejeros. Por último, en el año 1188, el arzobispo Wichmann reformó el gobierno de la ciudad, conservando a su gobernante hereditario *(Burggraf)* y al subgobernante hereditario *(Schultheiss)*, pero estableciendo además un consejo de doce hombres, integrado por once consejeros vitalicios y el

Schultheiss. El arzobispo, que gobernaba toda la arquidiócesis, conservaba en última instancia el gobierno de la ciudad, aun cuando ésta mantuviera su autonomía en la administración de justicia, el fisco y asuntos similares. La "banca" de consejeros *(Schoeffenbank)* ocupaba las vacantes que surgieran en sus números, haciendo nombramientos entre las familias principales.

En relación con su reforma de 1188, el arzobispo Wichmann promulgó la primera legislación que se conserva de Magdeburgo, documento que consiste en nueve artículos. Éstos no pretendían ser todo el derecho de Magdeburgo; antes bien, parecen haber sido una resolución de algunos importantes casos disputados, con base tal vez en anteriores decisiones judiciales. Por ejemplo, en ciertos tipos de casos se eliminaban de la toma de juramento algunos tecnicismos procesales tradicionales. Se eliminó la responsabilidad de un padre por las heridas o la muerte que su hijo hubiese causado a otra persona, siempre que el padre pudiese demostrar, por testimonio de seis hombres dignos, que no había estado presente o, de estar presente, que no había participado en el crimen. La misma regla se extendió a otras personas, aparte del padre. Una cláusula trataba del plazo en que se había de presentar queja, en caso de despojo, herida o muerte dentro o fuera de la ciudad. Otro artículo concedía un mayor plazo a quienes estuviesen ausentes por peregrinación o asunto urgente para presentar su queja en el tribunal del *Burggraf* o del *Schultheiss*. El artículo 7 establecía que en un pleito entre un ciudadano y un extranjero había que hacer justicia sin demora, y decidir el caso el mismo día en que se le había incoado. El artículo 8 otorgaba jurisdicción general a todo tipo de casos, tanto de ciudadanos como de extranjeros, al tribunal de consejeros, con la condición de que si los consejeros estaban ausentes haría justicia el *Burggraf* o el *Schultheiss*. Por último, el artículo 9 establecía que, "para que la ley de la ciudad no sufra menoscabo", todo el que perturbara la asamblea de ciudadanos con gritos o con comportamiento indebido o desordenado sería "severamente castigado por los ciudadanos, para que nadie más se atreva a hacerlo".[27]

Estos nueve artículos de 1188 fueron, hasta donde sabemos, la primera colección escrita de reglas del derecho de Magdeburgo; presuponían la existencia de un gran cuerpo de reglas no escritas. En realidad, el derecho consuetudinario de Magdeburgo ya había sido formalmente adoptado por algunas otras ciudades y poblados a mediados del siglo XII. Se puede ver el desarrollo del derecho de Magdeburgo en el siguiente siglo y medio examinando los conjuntos de reglas enviados por los consejeros de Magdeburgo a Wroclaw en 1261 y a Görlitz en 1304.

La ley de Wroclaw contenía 64 artículos y la de Görlitz 140. En la ley de Görlitz, ciertas esferas, como la venta de bienes, la propiedad y la herencia, se trataban con mucho mayor detalle que en la ley de Wroclaw. Las cláusulas sobre derecho penal y pruebas también estaban mucho más detalladas. Además, los *Schoeffen* de Magdeburgo no sólo habían enviado

los 64 artículos de Wroclaw a Görlitz en su forma original, con otros artículos anexados o insertados; antes bien, habían racionalizado conscientemente y modificado la antigua colección. A veces, habían combinado artículos separados de la antigua ley para formar un artículo más general, se alteró la posición de algunos artículos que estaban fuera de lugar y se dio mayor expansión a otros. De este modo, el artículo 2 de la ley de Görlitz comienza repitiendo el 11 de la de Wroclaw, que trataba del castigo aplicable a una persona detenida después que la víctima de una herida hubiese pedido socorro. Pero entonces, el artículo 8 pasa a declarar que se tomarán medidas más drásticas si la herida fue causada con un cuchillo y el culpable fue sorprendido en flagrante delito.[28] Éste es un ejemplo de cómo se extendió el artículo original por necesidades de la experiencia.

La mayoría de los 140 artículos de la ley de Görlitz de 1304 fueron tomados de la ley de Wroclaw (complementada) o del *Sachsenspiegel*, cuerpo de reglas legales redactado cerca del año 1221 por un jurista sajón, que llegó a formar parte importante de lo que, en sentido laxo, podríamos llamar el derecho común de Alemania. (Diez de los originales 64 artículos de Wroclaw también fueron tomados del *Sachsenspiegel.)* Veinticinco de los artículos de Görlitz eran totalmente nuevos: seis de ellos se hallaban dispersos por la ley y 19 fueron anexados al final.

Los 64 artículos de las leyes originales de Wroclaw de 1261 fueron complementados por otros 24 artículos recibidos de Magdeburgo en 1283, y por otros 23 recibidos en 1295. En su mayoría, estas provisiones complementarias parecen haber sido aclaraciones de cláusulas anteriores.

Así, vemos que la ley que pasó de Magdeburgo a Wroclaw, Görlitz y más de otras ochenta ciudades de Brandeburgo, Silesia, Bohemia, Polonia y otras partes de la Europa central y oriental, tuvo una evolución consciente, un desarrollo o crecimiento orgánico. Su principal fuente formal fueron los "dichos" *(Sprüche)* de los consejeros *(Schoeffen)* de Magdeburgo, es decir, sus fallos en casos que se les presentaron para su decisión; sin embargo, estos *Schoeffensprüche* no eran decisiones aisladas *ad hoc,* sino parte integral de un cuerpo de derecho consuetudinario bien recordado, luego escrito y, más adelante, coleccionado y transmitido como códigos.

El desarrollo consciente del derecho estuvo directamente conectado con su carácter sistemático o unificado. La ley de Wroclaw finalmente fue editada a mediados del siglo XIV como cuerpo sistemático de derecho, en cinco libros que contenían un índice de 465 artículos.[29] El primer libro trataba principalmente de la elección y toma de posesión de los consejeros de la ciudad, sus derechos y deberes y la publicidad y validez de sus actos. El segundo se ocupaba de la organización y el procedimiento judiciales, incluyendo el de los consejeros y otros jueces, la selección de unos y otros, su remuneración, el tiempo y lugar en que celebrarían sus sesiones, la jurisdicción de los diversos tribunales (especialmente en cuestiones penales y de herencia), los requerimientos sobre pagos en los tribunales, embargos,

asentamientos, arbitraje, duelos, representación por otro en el tribunal y muchas otras cuestiones procesales. El tercer libro trataba de tipos de demandas: heridas y homicidios, que fueran remediables mediante acción civil; otras violaciones de derechos, incluso estafa, perjurio, usura, fraude, falsificación; deudas, incluso la responsabilidad de los herederos por las deudas del finado; el pago por servicios y otros varios tipos de acciones. Se especificaban diversos tipos de las pruebas requeridas en apoyo de ciertos tipos de acciones. También se especificaban las obligaciones monetarias incluyendo prendas, hipotecas y deudas juramentadas; y los remedios incluían el embargo de propiedades, la detención de un deudor que había huido y, por último, la proscripción. El cuarto libro contenía las leyes de familia, incluyendo una sustancial porción de la ley relativa a los derechos de los miembros de familia en la propiedad hereditaria familiar *(Erbgut).* La primera parte del cuarto libro trataba de las dotes, de contratos de matrimonio y de herencia, y de los derechos del cabeza de familia, la esposa y los hijos para disponer de varios tipos de propiedad familiar. La segunda parte se ocupaba de la ley de herencias y de tutorías. El quinto libro, que contenía 23 artículos, parece haber sido una colección inconclusa de diversas e importantes reglas de derecho y decisiones que no embonaban bajo las rúbricas de los cuatro primeros.

La "ley de los consejeros sistemáticos de Wroclaw-Magdeburgo" (como se llegó a llamar a este cuerpo de derecho de mediados del siglo XIV) no sólo era mucho más detallada, sino también mucho más general —mucho más sistemática— que la ley de Görlitz de 1304, la cual a su vez había sido más detallada, más general y más sistemática que la primera ley de Wroclaw de 1261. Los tres se derivaban del sistema de derecho —en continuo desarrollo— dentro del propio Magdeburgo. Por cierto que las versiones de Wroclaw y Görlitz de la ley de Magdeburgo, como leyes hijas de otras ciudades madres, fueron a su vez transmitidas a otras ciudades y poblados nuevos, que de esta manera se volvieron ciudades "nietas" de Magdeburgo. De hecho, la ley de Wroclaw llegó a ser la ley madre de todo el reino de Bohemia.

La ley de Magdeburgo establecía una distinción fundamental entre el derecho en el sentido lato, *Recht,* interpretado como el marco general de la ley ("derecho"), y la ley en el sentido más específico de una regla aplicada o uso particular, llamada *Willekor* (por los términos alemanes que designan "voluntad" y "elección"). El *Recht* contenía los principios generales o derechos dados por la naturaleza de la propia vida social y, en última instancia, por la Divina Providencia; era una mezcla de derecho consuetudinario y derecho natural. El *Willekor* era, o bien una aplicación o decreto de las autoridades civiles, o un uso local aceptado por ellas; a veces se le llamaba *buyrkor* ("derecho civil"), lo que significaba literalmente, o bien "la elección de la ciudad", o bien "la elección de los ciudadanos". La ley de Wroclaw de 1261 y la de un siglo después comenzaban con la misma cláusula: "De

acuerdo con el *Willekor*" el *Recht* de Magdeburgo se aplicaría en Wroclaw. En otra sección de la ley posterior —sección no contenida en la primera ley— se reconocía la posibilidad de un conflicto entre *Recht* y *buyrkor*. Esta sección establecía que el concejo de la ciudad *(Rat)* estaba capacitado para decidir las cuestiones planteadas por cualquier persona a quien los concejales diesen el derecho de hablar en la asamblea de la ciudad, y se afirmaba que esta cláusula los consejeros (de Magdeburgo) "la proclaman como derecho civil *(buyrkor)* y no como [cuestión de] derecho *(Recht)*".

Y, sin embargo, era el *Recht* el que daba a los concejales muchas de sus facultades de crear derecho positivo. Por ejemplo, al *Recht* se atribuían las facultades de los concejales para regular los pesos y medidas, la venta de alimentos y otros bienes, de fijar precios y de establecer los castigos aplicables a quienes hubiesen violado sus regulaciones. La palabra del moderno alemán que designa un estatuto específico, *Gesetz*, no aparece en la ley de Magdeburgo, pero el verbo *gesetzt* se utilizaba para referirse a la actividad de las autoridades de la ciudad,al "establecer" regulaciones. Por ejemplo, al concejo de la ciudad se le había facultado para castigar la venta de bienes a precios superiores a los fijados *(gesetzt)* según el decreto *(Willekor)* de las autoridades de la ciudad.

También tuvo importancia el insistente énfasis de la ley de Magdeburgo, reflejado en sus versiones de Wroclaw, en el derecho de propiedad y el derecho mercantil. Establecía que una persona podía dejar en prenda su tienda de menudeo, su carnicería u otros locales de negocios, como garantía por una deuda. El que tenía un establecimiento semejante "se consideraba poseedor de una propiedad heredable, o bien hombre con propiedades". Podía venderla o legarla a su voluntad. Además, no se podía demandar a comerciantes (así como a peregrinos) mientras estuviesen fuera de la ciudad. De interés particular eran las cláusulas concernientes a la responsabilidad del heredero por las deudas de los finados: se decía que iban en contra de la ley decretada por Graciano. De este modo, el derecho urbano de Magdeburgo difería tanto del derecho feudal como del canónico.

Inglaterra: Londres e Ipswich

En la Inglaterra anglosajona, como en todas partes de Europa occidental, el surgimiento de la ciudad moderna fue un fenómeno de finales del siglo XI y comienzos del XII. Antes de esa época, el poblado *(borough* o burgo) anglosajón, como dice Stephenson,

> no era una comunidad de ciudadanos privilegiados. Sus habitantes no gozaban de una franquicia burguesa uniforme; no tenían sus propiedades de acuerdo con algunos sistemas de tenencia en el burgo; no tenían un gobierno propio. El típico burgo de 1066 era, esencialmente, lo que había sido desde un siglo antes:

> un centro militar y oficial. Los hombres que vivían dentro de sus murallas [eran] principalmente miembros de la aristocracia agraria [y] sus dependientes. Salvo por el hecho de que el burgo podía ser la sede administrativa de un distrito más grande, su organización judicial era la de un ciento rural.[30]

Sin embargo, en el último tercio del siglo XI —después de la Conquista normanda— los poblados ingleses aumentaron considerablemente su población, y su carácter empezó a modificarse. Como en otras partes de Europa, los barrios comerciales (los mercados) a menudo devoraron las plazas fortificadas adyacentes. La creciente población agrícola emigró, en números considerables, a los burgos. Ese notable registro de la economía inglesa llamado el *Domesday Book*, compilado en 1086, describe 46 burgos: de éstos, tan sólo York tenía hasta 10 000 habitantes (inexplicablemente, no se mencionan Londres ni Winchester), Norwich y Lincoln tenían más de 5 000, y Oxford, Thetford e Ipswich alrededor de 4 000; otros 21 burgos tenían una población que iba de 1 000 a 3 000, y los 16 restantes tenían menos de 1 000, incluyendo algunos que tenían centenares o sólo veintenas de habitantes. A comienzos del siglo XII, el número y el tamaño de los burgos aumentó espectacularmente y, a finales del XII, varios centenares de ellos tenían ya poblaciones considerables.[31] Y, algo de importancia mayor aún: casi todos ellos tenían cédulas de libertades, formas distintivas de gobierno y sus propios sistemas jurídicos. En palabras de Stephenson,

> Desde la época de Enrique I [1100-1135], el burgo... aparece como ciudad... La tenencia de burgués era más que una tenencia [es decir, más que el derecho de enajenar o de legar tierras del poblado]. Era una condición civil y legal, un modo de vida dependiente de ser miembro de una comunidad.[32]

Durante el siglo XII los burgos militares y fiscales de los tiempos anglosajones —en esencia, las fortificaciones reales, en gran parte indiferenciadas políticamente de los campos— se volvieron asociaciones "libres" con su propia ley, su propio gobierno y su propia conciencia común.

La historia de Londres nos muestra este desarrollo. Aunque las legiones romanas habían ocupado la ciudad desde los siglos I a V d. C., poco que fuera romano sobrevivió a las invasiones anglosajonas, excepto los restos de caminos y edificios y la gran muralla de piedra. Con la introducción del cristianismo en el siglo VII, se instaló un obispo en Londres (dándole derecho oficial de llevar el título de "ciudad"). Beda, *el Venerable*, fallecido en el año 735, describió Londres como lugar de cita de muchas personas que llegaban por mar y tierra. Luego, en fuentes anglosajonas de un siglo después, se le menciona en relación con las guerras del rey Alfredo contra los daneses. Restos arqueológicos indican que ya era una ciudad considerable en los siglos X y XI, después de Venecia, la más grande de Europa, con más de 10 000 habitantes. En la época de la Conquista normanda, más

de veinte troqueles estaban acuñando monedas simultáneamente. Las asambleas generales del pueblo, a las que se esperaba que acudieran todos los ciudadanos, se reunían tres veces por año. Se hacían tratos entre comerciantes ingleses y extranjeros. Y, sin embargo, Londres no tenía una cédula y pocas "libertades" en el sentido del siglo XII. Como otras ciudades y poblados anglosajones, era un centro militar y oficial, con un comercio ya considerable, pero no con una "comunidad de ciudadanos privilegiados" autogobernada.

Casi inmediatamente después de la Conquista, Guillermo concedió a Londres una cédula, y en las dos generaciones siguientes aumentaron en forma notable los derechos de los ciudadanos londinenses y de Londres como ciudad. A comienzos del siglo XII los dos *reeves* (alguaciles mayores) gobernantes, nombrados previamente por el rey, ya eran elegidos entre los ciudadanos, y este derecho de elección se otorgó a perpetuidad en carta emitida por Enrique I en 1129. Por entonces se hablaba de Londres como de una "comuna", encabezada por un alcalde. El rey convino en reducir el impuesto anual que pagaría la ciudad (llamado *ferm* o *farm)* de quinientas libras a trescientas. La ciudad ejercía su jurisdicción por medio de una junta de toda la ciudadanía, que se reunía tres veces por año y por medio de un tribunal menor llamado *husting.* Los 24 concejales que administraban los asuntos de la ciudad juraban cumplir con sus deberes "por la ley del señor rey que corresponde a ellos en la ciudad de Londres, salvando la libertad de la ciudad". Los ciudadanos tenían el derecho de vender sus tierras por causa de pobreza, a pesar de sus herederos. Sólo existía la prisión como forma de arraigo por cobro de una deuda cuando no podían encontrarse otras garantías apropiadas. Había que proteger los derechos de los comerciantes extranjeros. A cada concejal se le había encargado asegurarse de que todo habitante de su barrio tuviera armas y un caballo con propósitos de defensa. Se habían fijado los honorarios de carpinteros, albañiles, tejadores, enlucidores y cavadores de zanjas. Estaban prohibidas las techumbres de paja y de carrizo, se establecieron guardias contra incendios y a cada casa se le exigió mantener una cuba de agua frente a ella para uso en caso de urgencia.[33]

La cédula de Londres emitida por Enrique I (1129) establecía

> que los ciudadanos... nombrarán, entre ellos, como juez a todo el que escojan para atender las solicitudes de mi corona y las quejas que surjan en conexión con ellas. Ningún otro será juez [real] sobre los mismos hombres de Londres. Y los ciudadanos no litigarán fuera de las murallas de la ciudad con respecto a ninguna queja; y estarán libres del pago de tributo y de *Danegeld* [dinero para la guerra contra los daneses] y de multa por asesinato. Tampoco será obligado ninguno de ellos a someterse al juicio por combate... nadie será alojado dentro de los muros de la ciudad, ni de mi casa, ni por la fuerza de nadie más. Y todos los hombres de Londres estarán libres de peaje y derechos de paso, y de alcabala y de otros pagos aduanales por toda Inglaterra y los puertos de mar.[34]

Estas libertades y privilegios de los ciudadanos de Londres se extendieron en las cédulas de Enrique II.

La cédula de Londres sirvió de modelo para Norwich, Lincoln, Northampton y otras ciudades. Asimismo, la cédula otorgada a York por Enrique II sirvió de modelo a Wallingford, Andover, Salisbury, Wilton y Portsmouth; y algunas de las cédulas concedidas a estas ciudades sirvieron, a su vez, de modelo para las ciudades posteriormente constituidas.[35]

El poblado de Ipswich (unos cien kilómetros al noreste de Londres), que en 1086 tenía cerca de 4 000 habitantes, ofrece interés especial pues ha conservado su cédula original y un documento que describe con todo detalle los procedimientos por los cuales se organizó su gobierno municipal.

La cédula fue emitida el 25 de mayo de 1200, por el rey Juan, concediendo a los ciudadanos (burgueses) de Ipswich la exención de portazgo, *stallage* (pago por los puestos en los mercados y las ferias), *lastage* (pagos, en los mercados y ferias, por comprar y vender por medida), *passage* (pagos de los comerciantes foráneos en los mercados y ferias), pontazgo (derechos de peaje para el mantenimiento de los puentes) "y todos los otros pagos aduanales por toda nuestra tierra y en los puertos de mar". Los ciudadanos también quedaban exentos de todos los procesos legales fuera de Ipswich, salvo los que incluyeran tenencias de extranjeros y las tocantes a funcionarios reales. Además, al poblado se le otorgó el derecho de tener un gremio mercantil y una casa consistorial *(hansa).* No habría que alojar a nadie, ni admitir nada por la fuerza dentro de la ciudad. En todos los casos de tierras o tenencias dentro de la ciudad, "se les hará justicia de acuerdo con la antigua costumbre del burgo de Ipswich y de nuestros burgos libres", y todos los casos de deudas o de garantías dadas en Ipswich serían juzgados en Ipswich. A ningún ciudadano se le exigiría pagar multa, salvo "de acuerdo con la ley de nuestros burgos libres". La cédula establecía, además, que los burgueses

> por consejo común del poblado, elegirán a dos de los hombres más respetados y discretos de la ciudad y los presentarán a nuestro juez en nuestro Tribunal de Hacienda, y desempeñarán el cargo de preboste del mencionado burgo de Ipswich, bien y lealmente. Y no serán despedidos mientras se conduzcan bien en ese cargo *[quamdiu se in baillia illa bene gesserint]* salvo por opinión común de los susodichos burgueses.

Además, otros cuatro "hombres respetados y discretos" serían elegidos "por opinión común de los susodichos burgueses" para cumplir con los compromisos de la Corona y otros asuntos que afectasen a ésta "y para ver que el burgo trate con justicia y equidad a los pobres como a los ricos".[36]

Poco después de un mes de otorgada la cédula, el jueves 29 de junio de 1200 toda la comunidad del poblado se reunió en el atrio de la iglesia de Santa María de la Torre.[37] Procedió a elegir, por voto unánime, a dos

bailes, que prestaron juramento al ocupar el cargo de preboste, y a cuatro *coroners,* quienes juraron velar por los compromisos de la Corona, llevar otros asuntos que afectaban la Corona en el poblado "y ver que los mencionados bailes traten justa y equitativamente a pobres y ricos". El mismo día se ordenó "por consejo unánime de la ciudad" que también hubiese doce principales juramentados *(capitales portmenni,* literalmente "principales de la ciudad"), "así como los hay en otros burgos libres de Inglaterra", con "plenos poderes para gobernar y conservar en dicho burgo todas sus libertades, y pronunciar los juicios de la ciudad, y ordenar y hacer en dicho burgo todas las cosas necesarias para la calidad y el honor de la ciudad". El siguiente domingo fue la fecha escogida para la elección de los doce.

El domingo 2 de julio, los bailes y los *coroners,* con la aprobación de la comunidad, nombraron a cuatro hombres de cada parroquia del burgo y eligieron a los doce principales. (Comprensiblemente, los dos bailes y los cuatro *coroners* se encontraron entre los elegidos.) Habiendo jurado gobernar lealmente el burgo y mantener sus libertades y pronunciar con justicia los juicios de sus cortes, "sin respeto a ninguna persona", todos los concejales extendieron la mano hacia el "Libro" (los Evangelios) y, al unísono, juraron solemnemente obedecer y ayudar, con sus cuerpos y sus bienes, a los bailes, *coroners* y a cada uno de sus doce principales, para salvaguardar al burgo, su nueva cédula, sus libertades y costumbres en todos lugares contra cualesquiera personas, con excepción del poder real, "de acuerdo con su capacidad, como, justa y racionalmente, deben hacerlo". El mismo día, la nueva cédula fue puesta al cuidado de dos hombres discretos y experimentados, quienes juraron lealmente conservarla y mostrarla a solicitud de la comunidad.

El jueves 13 de julio, los bailes, *coroners* y otros principales se reunieron para ordenar que, en el futuro, los derechos de peaje de la ciudad fueran recaudados por los bailes y por cuatro hombres experimentados y discretos del burgo; que el *farm* legal y habitual fuera pagado anualmente en la tesorería del rey; que hubiese dos bedeles para efectuar detenciones y cumplir las órdenes de los bailes, *coroners* y principales. Que uno de los bedeles debía vigilar a los presos detenidos por orden de los bailes; que se hiciera un sello común para aplicarlo en asuntos importantes que afectaran a la comunidad del burgo, y que se le dejara al cuidado de tres o cuatro hombres discretos y experimentados del burgo.

También se ordenaba que la nueva cédula fuese enviada a los tribunales de condado de Suffolk y de Norfolk para ser leídas en voz alta, de modo que las libertades contenidas en ella fuesen públicamente conocidas y proclamadas en las diversas localidades de cada condado.

El domingo 10 de septiembre toda la comunidad volvió a reunirse para oír las nuevas ordenanzas, es decir, las que se habían hecho el 13 de julio. Después de su lectura pública, toda la comunidad las aprobó por unanimidad. Ahí fueron elegidos dos bailes para el año siguiente y cuatro hombres para ayudarlos a recaudar los pagos del poblado, así como dos bedeles.

El jueves 12 de octubre se convocó a otra asamblea plenaria. Se mostró allí el sello común y se eligió a tres hombres para guardarlo. También quedó a su cargo la custodia de la cédula.

El mismo día fueron elegidos cinco de los "principales" para gobernar al gremio mercantil: un concejal y cuatro asociados. Juraron que gobernarían el gremio bien y lealmente, y todos los artículos relacionados con él, y que tratarían bien y legalmente a todos los hermanos del gremio. Dice el informe:

> Después, el concejal y sus cuatro colegas, en presencia del pueblo de la ciudad, declararon que todos los que fueran de la libertad de la ciudad se presentaran ante el concejal y sus colegas, cierto día en el lugar y la hora que después se les harían saber, para constituir un gremio y para dar la cuota de iniciación *(hansa)* al gremio...
>
> El mismo día, los mencionados bailes, *coroners* y otros principales y toda la comunidad discutieron sobre por qué medios y de qué manera podrían mantener mejor al mencionado gremio mercantil, y todo lo perteneciente a él. Los bailes, *coroners* y otros principales, y toda la comunidad, a una sola voz consintieron y ordenaron que el concejal que acababa de ser elegido, y todos los concejales que después fuesen elegidos, debían tener y ejercer, en provecho del gremio, la compra y venta de toda la mercancía siguiente, a saber... [varios tipos de piedras] y mortero y lajas de mármol. Y que, año tras año, el concejal debía, en su juramento, dar cuenta justa ante los bailes y *coroners* de la mencionada ciudad con respecto a toda ganancia e incremento que hubiese obtenido el año anterior y que obtuviera por razón de la compra y venta de las mencionadas mercancías. Y, por encima de eso, por consentimiento unánime, aceptaron que ningún habitante de la mencionada ciudad, ni otra persona, natural o extranjera, dentro de la mencionada ciudad o en sus libertades y precintos, debiera ejercer la compra o venta de la mencionada mercancía, salvo el concejal del mencionado gremio, para uso y provecho de tal gremio. Y esto, bajo pena de decomiso de toda la dicha mercancía, así comprada o vendida.

El mismo día "toda la comunidad" otorgó a los doce principales la llanura de Odenholm para la manutención y alimento de sus caballos, a cambio del trabajo que harían para la comunidad. Y además se ordenó, y fue aceptado por toda la comunidad, que las leyes y costumbres del lugar fuesen puestas en un cierto rollo, que sería llamado *Domesday* [registro de empadronamiento de tierras], que quedaría al cuidado de los bailes "para que puedan conocer y reconocer cómo deben actuar en su cargo". Asimismo, todos los estatutos del gremio mercantil se pondrían en otro rollo, "como se hace en otras partes en las ciudades y burgos en que hay un gremio mercantil", y el concejal tendría este rollo siempre cerca de él, "para que sepa cómo actuar en su oficio".[38]

En general, las ciudades y los poblados de Inglaterra no obtuvieron el mismo grado de independencia de todo control real o principesco que fue

logrado por los de muchas otras partes de Europa. No fueron frecuentes las concesiones formales de autogobierno a los burgos ingleses. Algunas cédulas daban a los ciudadanos el derecho de elegir a los funcionarios de sus burgos: así, en 1131, a Londres le fue otorgado el derecho de elegir a sus alguaciles mayores y a un juez, y un siglo después recibió el derecho de elegir alcalde; en 1189, Northampton conquistó el derecho de elegir a sus *reeves* y después a sus *coroners;* y, gradualmente, otras ciudades obtuvieron derechos similares. No obstante, la Corona mantenía el dominio último sobre la vida política urbana, incluso la justicia y las finanzas urbanas.

Sin embargo, pese al dominio último de la Corona, los derechos, privilegios, libertades e inmunidades cotidianos de los burgueses ingleses de finales del siglo XI, el XII y comienzos del XIII no diferían esencialmente de los de los burgueses de otras partes de Europa. El burgués era un hombre libre; un siervo que emigrara al burgo adquiría esa libertad en Inglaterra, como en Europa en general, con la sola residencia de un año y un día. La ciudadanía del poblado daba el derecho de llevar armas, la exención de prestar deberes y servicios feudales y señoriales, daba la tenencia libre hereditaria de la tierra con derecho a comprarla y venderla, el derecho a ser juzgado en el tribunal, quedando libre de todo juicio por combate u ordalía, y restricciones al poder de la Corona para fijar impuestos y multas.[39] Además, aunque la Corona no abandonara su poder formal de gobernar el burgo, sí reconocía los derechos de los gremios de comerciantes y artesanos para gobernar las vidas profesionales de sus miembros; y, de hecho, los funcionarios de los burgos de Inglaterra, como los de Europa en general, supervisaban las obras públicas, efectuaban detenciones, emitían proclamas, reclutaban tropas, fijaban impuestos locales y recaudaban el impuesto anual debido a la Corona.

Las ciudades italianas

En el siglo transcurrido entre 1050 y 1150, en ninguna parte como en Italia florecieron con tal profusión las ciudades. En ese periodo se formaron centenares de centros urbanos italianos, como comunidades independientes y con gobierno propio. Con frecuencia se les llamaba comunas *(communia),* corporaciones *(universitates)* y otros nombres como "comunidades" *(communitates).* Este movimiento se aceleró más en el siglo siguiente, en especial después de la Paz de Constanza (1183), que ha sido llamada "la Carta Magna de las libertades comunales".

Sin embargo, antes del siglo XI no se puede hablar de un desarrollo orgánico propio de las ciudades italianas, con la posible excepción de Roma. Como ciudades del Imperio romano, habían sido ramas del poder imperial, cuyo destino era determinado íntegramente por el del Imperio. De ello Milán nos ofrece un buen ejemplo.[40] En los siglos III y IV d. C., fue el principal centro administrativo del Imperio de Occidente. Así, fue en

Milán donde Constantino en 313 proclamó al cristianismo como religión imperial. Y, sin embargo, Milán apenas tenía historia propia, salvo, posiblemente, una historia eclesiástica durante el siglo transcurrido después que San Ambrosio, obispo de Milán de 374 a 397, hizo de ese obispado un baluarte en la lucha contra el arrianismo.

En la segunda mitad del siglo V, Milán y el resto de la Italia septentrional fueron invadidos por los hunos de Atila, luego por los hérulos de Odoacro y finalmente por los godos de Teodorico. En 539, la ciudad fue virtualmente destruida por el godo Uraya. Treinta años después, fue conquistada por los lombardos germánicos *(Langobardi,* de "largas barbas"). Como los antiguos invasores, los lombardos establecieron su capital en Pavía, y Milán entró en decadencia. Cuando Carlomagno incorporó la Lombardía al Imperio franco en el año 774, se habría podido mejorar un tanto la fortuna de Milán. Pero las primeras señales de independencia cívica de Milán tras la desintegración del Imperio carolingio tardaron un siglo en aparecer. Los condes de Milán, que originalmente habían sido funcionarios reales carolingios, perdieron su autoridad, y los arzobispos empezaron a ejercer su dominio sobre los asuntos tanto seculares como eclesiásticos. A comienzos del siglo X fue alarmante la presión de las invasiones magiares, y Milán se llenó de refugiados. Pero al término de ese siglo cambió la marea. Una creciente prosperidad en los campos circundantes produjo una expansión del comercio y la industria de Milán, y los arzobispos lograron extender los límites políticos y diocesanos de la ciudad hasta los Alpes suizos. Entre 1037 y 1039, el arzobispo Ariberto encabezó a los llamados "plebeyos" de Milán —miembros de los gremios semi-religiosos— a oponerse, con éxito, a los privilegios concedidos a la pequeña nobleza por el emperador Conrado II. Todo esto es importante como crónica y también como historia de los lombardos y del Imperio franco, pero no podría decirse que forma la base de una historia seria de la ciudad de Milán.

Además, al hablar de "la ciudad de Milán" debemos recordar que, como virtualmente todos los poblados europeos de finales del siglo X y comienzos del XI, Milán era esencialmente una gran aldea. La zona fortificada, en que se encontraba la casa del arzobispo junto con las tiendas y residencias de los mercaderes y artesanos en el "suburbio", probablemente no contenía más de mil o dos mil almas; y, de mayor importancia, éstas no constituían una unidad política o económica independiente, sino que eran parte integral del territorio general en que se hallaba la ciudad. En lo político, todo el territorio, incluso la ciudad, era gobernado por el arzobispo y por la nobleza; no había un gobierno de la ciudad que fuese independiente. En lo económico, las familias de los mercaderes y artesanos por lo general salían a trabajar todos los días en los campos circundantes.

La moderna historia de Milán —es decir, el desarrollo orgánico de la ciudad moderna— comenzó en 1057, cuando un movimiento popular encabezado por partidarios militantes de la Revolución papal atacó al aris-

tocrático alto clero, presidido por un obispo imperialista, y acabó por expulsarlo. En adelante, la constitución de Milán pasó por un cambio radical. Se estableció una comuna juramentada. En el año 1094 —si no antes— una asamblea de todos los ciudadanos eligió magistrados comunales, llamados cónsules, por un periodo fijo.

Junto con las otras ciudades de la Lombardía, Milán se encontraba geográficamente en el centro del conflicto entre las autoridades imperiales y las papales. La formación de comunas juramentadas que gobernaban independientemente las ciudades lombardas a menudo fue dirigida contra sus obispos, nombrados por el emperador. Con el tiempo, 14 de estas ciudades formaron la Liga Lombarda, que entabló una lucha —de la que salió triunfante— contra el emperador Federico I. En 1180, estas 14 ciudades —Verona, Venecia, Vicenza, Bérgamo, Treviso, Ferrara, Brescia, Cremona, Milán, Lodi, Piacenza, Parma, Módena y Bolonia— escribieron al papa: "Fuimos las primeras en soportar el ataque del emperador para que no pudiera destruir Italia y suprimir la libertad de la Iglesia. Por el honor y la libertad de Italia, y por la dignidad de la Iglesia, nos negamos a recibir o a escuchar al emperador".[41] Ésta es una de las primeras veces en que aparece el nombre de "Italia" para referirse a una entidad política, a saber, el archipiélago de ciudades libres que se extendía desde el lago Como casi hasta la península de los Estados Pontificios.

El emperador también favoreció la formación de nuevas comunas urbanas que prestaran juramento cuando iban dirigidas contra el papa o sus partidarios. De este modo, a comienzos del decenio de 1080, en el clímax de su lucha contra el papa Gregorio VII, el emperador Enrique IV otorgó cédulas de libertad y de gobierno propio a las ciudades toscanas de Luca y Pisa para ayudarlas a liberarse de la amiga y partidaria de Gregorio, la condesa Matilde.

El sistema de gobierno comunal por cónsules (como solía llamárseles) elegidos para periodos fijos por asambleas populares, se introdujo a finales del siglo XI y comienzos del XII en muchas de las ciudades del Norte de Italia. Existen registros de dichos cónsules en Pisa en 1084, en Asti en 1093, en Arezzo en 1098, en Génova en 1099, en Pavía en 1105, en Bolonia en 1123, en Siena en 1125, en Brescia en 1127 y en Florencia en 1138.[42] A las reuniones en masa de los ciudadanos para elegir cónsules se les llamaba de diversas maneras: *comuna, coloquio, parlamento* y (con la mayor frecuencia) *arengo*. El arengo legislaba, declaraba la paz o la guerra y ratificaba tratados, además de elegir cónsules.

El número de cónsules variaba de una ciudad a otra, y también podía variar en una misma ciudad de un año a otro. En Milán hubo 18 cónsules en 1117, 23 en 1130, cuatro en 1138, ocho en 1140 y seis en 1141. Administraban la comuna, eran comandantes en la guerra, resolvían disputas entre sus miembros. Con el tiempo, en muchas ciudades se nombraron unos "cónsules de justicia" especiales, que hacían las veces de jueces.

La innovación constitucional más notable debida a las ciudades italianas a finales del siglo XI y comienzos del XII fue la introducción de periodos limitados en los cargos políticos. Por lo general, los cónsules eran elegidos por un año. Este principio, que se difundió por casi todos los demás países de Europa, representó un cambio fundamental en el concepto de gobierno en Occidente, pues hasta entonces en Europa todos los dirigentes políticos, eclesiásticos o seculares (reales, ducales o baroniales) habían sido gobernantes vitalicios. El carácter temporal del cargo político urbano se hizo aún más notable en los últimos decenios del siglo XII, cuando el sistema italiano de diversos cónsules fue cediendo gradualmente ante el de un solo gobernante, por lo general llamado *podestà (potestas,* "poder"). El *podestà* era el jefe militar, el principal funcionario administrativo y el juez más importante de la comuna, pero su cargo estaba limitado con frecuencia a seis meses, y no podía ser reelegido.

Se encuentra el *podestà* en Pisa cerca de 1169, en Perusa en 1177, en Milán en 1186, en Piacenza en 1188, en Florencia en 1193, en Siena en 1199. A comienzos del siglo XIII, el sistema de *podestà* se generalizó en el norte de Italia.

> Pronto fue normal seleccionar el *podestà* en otra ciudad (por lo general, no vecina) para asegurar la neutralidad en las disputas locales. Se desplazaba con su propia familia [y] a su llegada prestaba juramento de servir lealmente a la comuna... El *podestà* era un noble, y necesitaba preparación jurídica. Su cargo llegó a ser profesión reconocida, en la que se especializaban hombres muy capaces, que iban de un puesto a otro.[43]

Era, en realidad, un profesional "administrador de la ciudad", y al término de su periodo su actuación era minuciosamente revisada por una comisión especial nombrada con ese propósito.

Al limitar el periodo en el cargo del gobernante a un plazo fijo de meses o de años, las comunas italianas ponían de manifiesto el carácter "temporal" del gobierno secular. Los gobernantes de las nuevas ciudades europeas, en contraste con los de las antiguas ciudades griegas o romanas, no eran responsables de los asuntos religiosos, cuestiones de culto o de fe; éstas quedaban en manos de la Iglesia, que la Revolución papal había separado de lo que después se llamaría el "Estado". De hecho, los nuevos gobiernos municipales de Europa fueron los primeros cuerpos políticos puramente seculares, los primeros Estados seculares modernos. Su función era mantener la paz y hacer justicia en el sentido jurídico. A este respecto, resulta significativa la palabra *podestà,* pues claramente separa las funciones políticas de las espirituales: el "poder" aparte de la "autoridad".[44]

Como era breve el periodo del *podestà* en el cargo, fue necesario asignar funciones políticas a largo plazo a otros cuerpos políticos. Lo más común era que los arengos (parlamentos) fuesen sucedidos por "grandes concejos", los cuales, sin embargo, eran demasiado grandes para gobernar con

eficiencia. (En Milán, el gran concejo tenía 800 miembros.) Al mismo tiempo se desarrollaron concejos "secretos" más pequeños, o "concejos de confianza" *(consiglio della credenza),* frecuentemente limitados a 24 (o hasta 16) miembros, pero que llegaron a contar hasta con cien. Además, con frecuencia se crearon comisiones *ad hoc* para ejercer poderes temporales en asuntos militares, financieros o constitucionales. Se pedía al *podestà* que consultara a los concejos de ciudadanos en todas las cuestiones importantes. Al menos en teoría, sólo los concejos tenían facultades para hacer nuevas leyes.

Las ciudades italianas no nada más fueron las primeras en crear nuevas formas de gobierno, sino también en sistematizar y reformar las leyes. La más temprana sistematización del derecho urbano en Italia adoptó la forma de colecciones de reglas que los cónsules juraban defender al tomar posesión de sus cargos, y colecciones de reglas que, en respuesta, el pueblo juraba aplicar. Los juramentos eran llamados *brevia* ("escritos"). La *brevia* consular especificaba las reglas detalladas que los cónsules estaban obligados a seguir en el ejercicio de sus funciones. La *brevia* popular especificaba las reglas básicas que los ciudadanos estaban obligados a seguir en sus tratos con el gobierno municipal. Al tomar posesión de sus cargos, a los funcionarios públicos —aparte de los cónsules— se les pedía pronunciar juramentos en los que especificaban las reglas que aplicarían. Como ha escrito Francesco Calasso, historiador italiano de la jurisprudencia, "Claramente, esta red de juramentos constituía un conjunto de normas legales que regulaban la vida constitucional y administrativa de la comuna".[45]

Calasso dice, además, que la ulterior centralización del poder en el *podestà* "produjo una consolidación de los varios juramentos en un solo *corpus* de reglas, separadas por rúbricas, que el *podestà* juraba observar y poner en vigor".[46] Esto constituyó la segunda etapa de la sistematización del derecho urbano en Italia. Con frecuencia se ponían por escrito las costumbres de la comuna. La tercera etapa era la codificación de las resoluciones del órgano legislativo de la comuna, la asamblea popular o el gran concejo. Por lo general, a estas decisiones se les llamaba estatutos *(statuta).* A veces, por analogía con las leyes de la República romana, se les llamaba *leges.* En algunas ciudades hubo una fusión del derecho consuetudinario y el estatutario; no así en otras. Por ejemplo, en Pisa fueron adoptados dos códigos en 1161: uno de ellos consistía en las reglas del derecho consuetudinario, llamado *constitutum usus,* y otro consistente en las resoluciones de la asamblea, llamado *constitutum legis;* también había dos tribunales, cada uno de los cuales juzgaba sobre la base de uno de los dos códigos.[47]

Los políticos y los juristas de las ciudades italianas, como los políticos y juristas eclesiásticos, se preocuparon por sistematizar y sintetizar los materiales jurídicos procedentes de diversas fuentes, para eliminar posibles contradicciones y colmar lagunas. Con este propósito se nombraron tribu-

nales y comisiones especiales. En algunas ciudades, como Parma y Pistoya, se desarrolló la práctica de encerrar a los codificadores en un edificio hasta que hubiesen completado su trabajo, para impedir de esta manera toda influencia externa. En otras ciudades surgió la práctica opuesta: a los encargados de la codificación se les animaba a escuchar las opiniones y sugerencias de los habitantes.

Los gremios y el derecho gremial

Así como la comuna urbana comenzaba, frecuentemente, como una juramentada "conspiración por la paz" dentro de la comuna, los gremios eran hermandades cuyos miembros estaban obligados por juramento a protegerse y ayudarse mutuamente. El sistema de gremios de los poblados de los siglos XI y XII acaso se derivara, en última instancia, del temprano gremio germánico, que había sido una fraternidad militar y religiosa "en que los muertos entraban en el cuerpo de los vivos por una especie de posesión diabólica".[48] Los gremios posteriores también debieron mucho al movimiento de la Paz de Dios, de los siglos XI y XII que actuaba en parte por medio de hermandades juramentadas, a menudo llamadas "gremios de paz". Éstas hacían las veces de asociaciones mutuamente protectoras y de agencias voluntarias de aplicación de la ley. Al surgir las ciudades en los últimos decenios del siglo XI, cundieron los gremios mercantiles, sociales, de artesanos y otros de naturaleza secular; y, sin embargo, también ellos conservaron marcados rasgos religiosos, echándose por lo general la tarea de velar por los aspectos espirituales y no sólo materiales de las vidas de sus miembros. De este modo, el gremio característicamente trataría de mantener altas normas morales, castigando a sus miembros por blasfemar, por entregarse al juego o practicar la usura y similares. Celebraba ceremonias religiosas a su santo patrón, así como al de la ciudad. A menudo, los estatutos de los gremios comenzaban enumerando las limosnas que el gremio daría y las obras pías que habría de desempeñar. La celebración de los días festivos era parte importante de la vida del gremio.

Los gremios, donde existían —en algunas ciudades no los había—, también eran cuerpos legislativos. Cada uno de los diversos gremios de comerciantes y artesanos dentro de una ciudad o poblado tenía sus propias ordenanzas. El contenido de éstas variaba según el tipo del gremio, fuese de comerciantes, artesanos, profesionales, banqueros, marinos o de otra clase. Si era artesanal, sería de productores de lana, seda, cuero, plata u otros productos; de ser profesional, sería de jueces, notarios, médicos o alguna otra profesión. Dentro de estas clasificaciones había muy diversas formas de asociación, reflejadas en la gran variedad de nombres dados a lo que aquí hemos traducido simplemente como gremios: *ars, universitas, corporatio, misterium, schola, collegium, paraticum, curia, ordo, matricola, fraglia,*

y, para el gremio de comerciantes, *hansa* o *mercandancia.* No obstante, las ordenanzas de todas las docenas de gremios que podían existir dentro de una ciudad tenían muchos rasgos en común, y estos rasgos comunes, a su vez, existían por todo Occidente. De esta manera, todos los gremios eran asociaciones fraternales (en que, dicho sea de paso, normalmente se incluía a las mujeres, por los oficios a los que se dedicaran), imponiendo a sus miembros la obligación de ayudar a sus hermanos enfermos, incapacitados, pobres, o en dificultades legales; dar sepultura a los muertos y hacer ofrendas por sus almas, así como fundar escuelas para los hijos de sus miembros, construir capillas, presentar dramas religiosos y ofrecer ocasiones para la hospitalidad y la convivialidad. Periódicamente, los miembros prestaban juramento de fraternidad y se comprometían a no abandonar jamás el gremio, sino a observar lealmente sus estatutos.[49]

Los gremios también eran importantes asociaciones monopólicas cuyas ordenanzas regulaban cuestiones como las condiciones de aprendizaje y de ingreso, calendarios de días laborales y festivos, normas de calidad del trabajo, precios mínimos, distancia entre los talleres o las condiciones de venta, en tal forma que limitaran la competencia dentro del gremio e igualaran las ventas, prohibiciones de vender a crédito salvo dentro del gremio, las restricciones puestas a las importaciones y a la inmigración, así como otras medidas proteccionistas. Como la esclavitud ya había sido virtualmente abolida en las ciudades, el trabajo se basaba en contratos; sin embargo, las condiciones de los contratos de trabajo eran minuciosamente reguladas por los gremios y por las costumbres y ordenanzas urbanas sobre la base de los tipos de trabajo *(officia).* Declararse en huelga era grave delito.[50]

La forma de gobierno del gremio seguía, característicamente, el modelo de la forma de gobierno de la ciudad o el poblado. A la cabeza se hallaban por lo general dos o más representantes, con frecuencia llamados cónsules, elegidos anualmente o a veces semestralmente, por lo general sin participación de los funcionarios de la ciudad. Solía haber una asamblea general del gremio, con poderes deliberativos, así como un pequeño concilio para apoyar a los cónsules o a otros jefes ejecutivos. Los funcionarios del gremio formaban, a menudo, un tribunal de arbitración ante el cual habían de presentarse los miembros antes de llevar sus disputas a los tribunales.

Los juristas (notarios) desempeñaban, con frecuencia, un papel importante, no sólo al servir a compañías individuales dentro de los gremios, redactar actas y contratos y (como abogados) actuando como representantes en los procedimientos judiciales y otros procesos adversos, sino también ayudando directamente a administrar los gremios, además del gobierno municipal. A menudo, los notarios acompañaban a los funcionarios municipales (cónsules mercantes, *podestàs,* alcaldes, *Bürgermeister)* cuando salían de la ciudad a decidir disputas. Redactaban documentos oficiales, componían estatutos locales, organizaban elecciones, escribían

cartas a las ciudades o los señores vecinos e interpretaban las cédulas municipales. Desde las primeras etapas de desarrollo de las ciudades como entidades autónomas, los juristas desempeñaron un papel importante en su administración.

En muchas ciudades de Europa, los jefes de los gremios se volvieron magistrados de las comunas. Una ley de Milán, de 1154, autorizaba el nombramiento de "cónsules de comerciantes" para desempeñar funciones judiciales, entre otras. Los tribunales de los cónsules mercantes en las ciudades de la Italia septentrional gradualmente extendieron su jurisdicción a todos los casos mercantiles que surgieran en la ciudad. Otras ciudades europeas adoptaron la institución italiana del cónsul mercante, o bien crearon instituciones similares. En Inglaterra, Gales e Irlanda, los alcaldes de las 14 ciudades productoras de artículos básicos eran elegidos "por la comunalidad de los comerciantes" para un periodo de un año. Como los cónsules mercantes italianos, los alcaldes ingleses no sólo desempeñaban funciones ejecutivas, sino también judiciales, de acuerdo con el derecho mercantil universal. De este modo podemos ver que el derecho mercantil y el derecho urbano se traslaparon en Inglaterra, como en otras partes de Occidente.

Características principales del derecho urbano

Los tres sistemas de derecho secular que antes hemos considerado —el derecho feudal, el señorial y el mercantil— fueron analizados bajo los rubros de objetividad, universalidad, reciprocidad, adjudicación participatoria, integración y desarrollo. Al considerar el derecho urbano nos parece preferible emplear una clasificación ligeramente distinta. Este sistema de derecho será analizado por su carácter comunitario, su carácter secular, su carácter constitucional, su capacidad de crecimiento y su integridad como sistema.

El carácter comunitario

En el sistema de derecho urbano era de importancia fundamental su carácter comunitario. El derecho urbano era la ley de la comunidad unida e integrada, que, de hecho, a menudo era llamada "comuna". A su vez, la comunidad se basaba en un *pacto,* fuese expreso o implícito. Muchas ciudades y condados se fundaron por medio de un solemne juramento colectivo, o serie de juramentos de toda la ciudadanía, adhiriéndose a una cédula que se le había leído, públicamente, en voz alta. En cierto sentido, la cédula era un contrato social; en realidad, debió de ser una de las principales fuentes históricas de las que brotó la teoría moderna del gobierno por contrato. Desde luego, las cédulas urbanas no eran contratos en el moderno sentido de un intercambio negociado entre dos partes, por el cual

cada una acepta desempeñar ciertos actos discretos durante un periodo determinado. Antes bien, la aceptación de la cédula urbana era una concesión de consentir en una relación permanente. Como el contrato feudal del vasallaje o el contrato de matrimonio, era el acuerdo de entrar en un *status,* es decir, en una relación cuyas condiciones eran fijadas por ley y no podían ser alteradas por la voluntad de las partes. Sin embargo, en el caso de la fundación de una ciudad o poblado, el *status* así formado era el de una corporación *(universitas),* según la prevaleciente teoría canónico-romana de que una corporación es un cuerpo de personas que comparten funciones legales comunes y que actúan como entidad legal. Por tanto, en cierto sentido, la promulgación y la aceptación de la cédula urbana no era, en absoluto, un contrato, sino una especie de sacramento; simbolizaba y a la vez efectuaba la formación de la comunidad y el establecimiento del derecho comunitario.

El carácter comunitario del derecho urbano no sólo tomó la forma de una relación contractual, sino también de una relación participatoria entre los miembros. Esta relación participatoria se reflejó en los requerimientos legales de ayuda mutua entre ciudadanos y de protección mutua contra extranjeros y enemigos; cláusulas para el ejercicio del "concejo común" de la ciudadanía, al aceptar unas leyes nuevas; cláusulas de consentimiento común para las elecciones de funcionarios; un sistema de adjudicación formal por conciudadanos ("pares") de la persona que exigía la reivindicación de los derechos, o contra quien otro había hecho una denuncia tratando de reivindicar sus derechos; un sistema de arbitración informal de las disputas civiles, supervisada someramente por las autoridades de la ciudad; una regulación estricta de las actividades económicas por medio de los gremios de artesanos y comerciantes; y muchas otras estipulaciones para la participación popular en la vida de la comunidad.

Así como el aspecto contractual de la comunidad no debe interpretarse de acuerdo con los conceptos contemporáneos de contrato, así tampoco su aspecto participatorio debe interpretarse según los conceptos contemporáneos de la democracia. La comunidad urbana del siglo XII, solía ser gobernada por un reducido grupo de patricios. Más básicamente, no se fundaba en individuos como tales, sino en comunidades subordinadas: era una "comunidad de comunidades". Los historiadores sociales franceses han dado el nombre de *société des ordres* ("sociedad de órdenes") y los historiadores sociales alemanes el de *Ständestaat* ("estado de testamentos") a este tipo de estructura social que, erróneamente, han identificado tan sólo con la Europa "posfeudal" y "predemocrática" de los siglos XVI a XVIII. También en las ciudades y los poblados europeos del siglo XII, el "orden" o "estado" del que se era miembro —o, dicho más sencillamente, la propia clase (en el sentido no marxista del término)— formaba una base importante de deberes y derechos. De este modo, el derecho urbano, aunque reconocía una cierta igualdad legal a todos los ciudadanos, ricos y pobres por igual,

como ciudadanos, empero no permitía generalmente a los pobres participar en la elección de los dirigentes. Además, reconocía las diversas órdenes legales de los distintos gremios de artesanos y comerciantes con sus manifiestas desigualdades de maestros y aprendices. También asignaba distintas clases de derechos y deberes a las diversas clases de no ciudadanos, incluso la nobleza, el clero, los estudiantes, los judíos y otros. Y así como la comunidad urbana formaba parte de la comunidad general de comunidades, una *communitas communitarium,* que abarcaba a toda la cristiandad occidental, en sí misma constituía una pequeña comunidad de comunidades. El individuo no tenía existencia legal, salvo como miembro de una o de más subcomunidades dentro del conjunto, y su libertad individual consistía básicamente en su movilidad, es decir, en su capacidad de pasar de una subcomunidad a otra, o de recurrir a una para su defensa contra otra. En el caso de algunos —por ejemplo, los judíos— esa movilidad era sumamente limitada, aunque no fuese inexistente; los judíos podían recurrir y a menudo recurrieron a la Corona o al papado, por ejemplo, contra medidas de opresión tomadas contra ellos por gobiernos de ciudades.

De este modo, el carácter comunitario del derecho urbano quedó estructurado, a su vez, en dimensiones contractuales, participatorias y de clase.

El carácter secular

Además de su carácter comunitario, el derecho urbano tenía un carácter secular. En contraste con las ciudades griegas y romanas de la Antigüedad y del periodo imperial, las ciudades y los poblados de Occidente no eran responsables de mantener el culto religioso. El culto religioso y las creencias religiosas no entraban en la jurisdicción urbana, sino en la de la Iglesia, que en todas partes de Occidente estaba subordinada al obispo de Roma. La ley relacionada con las observancias religiosas y la doctrina dentro del poblado o la ciudad no era el derecho urbano (ni el derecho imperial), sino el derecho canónico de la Iglesia de Roma.

Esto no significa que la comunidad urbana fuese indiferente a la fe religiosa. Por lo contrario: todas las ciudades y los poblados de Europa occidental eran activamente cristianos. Estaban llenos de iglesias y de santuarios dedicados a los santos. Se consideraban divinamente constituidos. "A Jesucristo le debemos el desarrollo de las leyes y las ventajas de nuestra ciudad", declara el concordato por el cual los ciudadanos de Marsella establecieron una paz con los ciudadanos de Pisa en 1219. "Es Dios mismo, sólo Él, quien gobierna nuestra ciudad."[52] Sin embargo, su misión, *como ciudades,* estaba definida por lo secular o lo temporal, y no por lo sacro o lo eterno; constituía básicamente en contener la violencia y en regular las relaciones políticas y económicas: es decir, en mantener la paz y hacer la justicia.

El hecho de que la propia ciudad se considerara una entidad secular y no pretendiera aplicar el derecho eclesiástico ni desempeñar ritos sagrados ni propagar la doctrina religiosa, sino que dejara estas tareas a la Iglesia, era parte esencial de su carácter de ciudad en el sentido occidental. Esto no sólo era cosa negativa; también tenía el significado positivo de establecer el valor independiente de sus metas mundanas o temporales. Los gobiernos de las ciudades nuevas no sólo eran independientes de la autoridad eclesiástica directa en el sentido institucional, sino que sus tareas de mantener la paz y la justicia también eran independientes de las tareas de la Iglesia de mantener la fe cristiana. Y esas tareas independientes de mantener la paz y la justicia se consideraban, aunque temporales, ordenadas por Dios, dignas de una devoción impoluta, y parte importante del plan de Dios para la salvación de la humanidad. Ésta era "la ciudad secular", pero en un sentido mucho más optimista que el de San Agustín, aunque mucho menos optimista que el de muchos secularistas del siglo XX.[53]

El carácter secular del derecho urbano se reflejó en el hecho de que cada ciudad tuviera su propia variación de derecho urbano y, además, en que el derecho urbano sólo fuera una de varias formas de derecho secular, incluso del derecho real, el feudal, el señorial y el mercantil. La coexistencia de varios tipos de derecho secular era inherente a su carácter secular. Ningún sistema de derecho secular pretendía abarcar toda la jurisdicción secular. Cada uno era un sistema local en particular, que sólo regía una parte de la vida de quienes estaban sometidos a su jurisdicción. También esto distingue la ley de las ciudades europeas de los siglos XI y XII y en adelante, de la ley de las ciudades de la Grecia antigua y la Roma imperial. La ciudad griega era la única entidad a la que sus ciudadanos debían lealtad, y su ley era la única ley por la que estaban atados. La ciudad romana no tenía una ley propia; el ciudadano romano estaba gobernado tan sólo por el derecho romano, y el no ciudadano sólo por el *ius gentium*, el derecho de las naciones. El rasgo exclusivo del derecho de la cristiandad occidental era que la persona individual vivía bajo una diversidad de sistemas jurídicos, cada uno de los cuales gobernaba una de las subcomunidades traslapantes de que era miembro.

El carácter constitucional

El tercer rasgo principal del sistema de derecho urbano era su carácter constitucional. El término "constitucionalismo" fue inventado a finales del siglo XVIII o comienzos del XIX para referirse principalmente a la doctrina norteamericana de la supremacía de la constitución escrita sobre las leyes aplicadas. Y, sin embargo, la realidad del constitucionalismo moderno, en todo el sentido de la palabra, se presentó por primera vez en los sistemas de derecho urbano de Europa occidental en los siglos XI y XII. Por una parte, las ciudades europeas de aquellos siglos eran Estados modernos

—así como la Iglesia de aquel periodo era un Estado moderno— en el sentido de que tenían plenos poderes y autoridad legislativa, ejecutiva y judicial, incluyendo la facultad y autoridad de fijar impuestos, acuñar moneda, establecer pesos y medidas, reclutar ejércitos, firmar alianzas y hacer la guerra. Por otra parte, el poder del Estado y la autoridad de las ciudades, como los de la Iglesia, estaban sujetos a varios frenos constitucionales. El carácter constitucional del derecho urbano se manifestó en cinco formas importantes.

1. En incontables casos, el derecho urbano se fundó en cédulas escritas, y éstas eran cédulas tanto de organización gubernamental como de derechos civiles y libertades. Fueron en realidad las primeras constituciones escritas modernas. Y aun cuando no hubiese una cédula escrita, se consideraba que la ciudad o el poblado tenía un derecho fundamental que establecía su organización gubernamental y los derechos y las libertades básicos de sus ciudadanos.

2. El sistema de organización gubernamental que fue establecido por las cédulas —o sin cédulas— en algunos aspectos importantes era similar a los sistemas contemporáneos de gobierno constitucional: los gobiernos urbanos tenían poderes limitados; con frecuencia se dividían en las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, que ejercían ciertos frenos unas sobre otras; había elecciones periódicas de los cargos públicos; en muchos lugares, los jueces cumplían sus periodos en el cargo por buena conducta o hasta que eran cesados por los ciudadanos; se publicaban las leyes y se emitían colecciones de leyes.

3. Los derechos civiles otorgados por el derecho urbano incluían, característicamente, un proceso de juicio racional, con juicio por los pares y no juicio por ordalía o por combate. No habría detenciones arbitrarias ni aprisionamiento sin proceso legal. Quedaba prohibido el secuestro por deudas. Los tipos de castigo fueron limitados. En teoría, ricos y pobres serían juzgados por igual. Los ciudadanos tenían el derecho de llevar armas. Tenían el derecho de voto. A los inmigrantes se les otorgarían los mismos derechos que a los ciudadanos después de una residencia de un año y un día. Los comerciantes extranjeros tendrían igualdad de derechos con los comerciantes ciudadanos.

4. Las libertades cívicas incluían, característicamente, la exención de muchos servicios e impuestos feudales y la estricta limitación de muchos otros. Además, con frecuencia incluían restricciones a las prerrogativas reales: por ejemplo, el rey aceptaría que la ciudad o el poblado pagase un impuesto, y le quedaría prohibido exigir préstamos forzosos. Ante todo, quedaba establecido en general el principio de que las obligaciones de los ciudadanos serían especificadas con anticipación, y que podrían retener todo lo que hubiesen adquirido que no estuviese sujeto a esas obligaciones específicas.

5. El derecho constitucional de derechos y libertades civiles incluía los relacionados con la participación popular en el gobierno urbano. Esto, a

su vez, se relacionaba con la teoría constitucional, nunca plenamente aceptada pero tampoco plenamente rechazada, de que el poder político estaba, en última instancia, en todo el cuerpo de ciudadanos.

Aunque las formas de gobierno de las ciudades europeas fuesen de naturaleza muy diversa, sí había algunas pautas comunes. Una enorme proporción de las ciudades y los poblados recién fundados estaban gobernados por asambleas populares de todos los ciudadanos, cuyo consentimiento era necesario para la elección de funcionarios y para la introducción de nuevas leyes. Sin embargo, en el curso de los siglos XII y XIII hubo una poderosa tendencia, por toda Europa, a remplazar la asamblea popular por un concejo. Algunas ciudades italianas tuvieron dos: el gran concejo y el pequeño concejo. Al principio, los concejos urbanos solían ser elegidos por un periodo de varios años. Más adelante, el nombramiento remplazó la elección. Una forma aristocrática de gobierno suplantó a la forma democrática, aunque las más grandes asambleas públicas a veces permanecieron en segundo plano, con poder de ejercer el veto o al menos de desaprobar algunos cambios hechos en las leyes básicas.

Al principio, los funcionarios ejecutivos eran elegidos para periodos breves. Sin embargo, en muchos lugares hubo una gran tendencia a la concentración del poder ejecutivo. En algunas ciudades italianas, el tiempo en el cargo del *podestà* se extendió de seis meses o un año a periodos más largos y, finalmente, en algunos lugares, el cargo se volvió vitalicio. En otras ciudades, una oligarquía de los grandes comerciantes llegó a dominar el ejecutivo. Así, en Venecia, en el siglo XII, el dux y el Pequeño Concejo, que consistía en seis concejales, tuvieron pleno poder ejecutivo, mientras que el dux y el *Collegio,* consistente en 26 jefes de departamento, iniciaron la legislación en el Senado de 120 miembros, del Gran Concejo, de 480 miembros. En cambio, en el siglo XIII, el dux y el Pequeño Concejo, así como el *Collegio,* se volvieron peleles de los *Grandi* ("grandes"), y el término *popolo* ("el pueblo"), que en un tiempo había significado la asociación juramentada de todos los ciudadanos, llegó a referirse (en Venecia y en muchos otros lugares) a la gente excluida del gobierno y, a menudo, hostil a él.

La participación popular en el gobierno urbano a finales del siglo XI y durante el XII también se extendió a la judicatura. Algunos lugareños —llamados *Schoeffen* en Alemania, *échevins* en los Países Bajos y el norte de Francia, cónsules en Italia— eran elegidos o escogidos para actuar como jueces populares. En Venecia, un Concejo de Cuarenta, o Tribunal, fue seleccionado entre el Gran Concejo para encargarse de los asuntos judiciales. En cambio, en otros lugares los jueces eran juristas profesionales.

En Inglaterra, aun cuando el movimiento comunal fuese más débil y más dependientes los burgos de la Corona y menos democráticos en su forma de gobierno que en Italia, Alemania, Flandes y parte de Francia, a menudo se elegía a los funcionarios del burgo. Los ciudadanos de Londres

obtuvieron el derecho de elegir a sus alguaciles mayores, así como a un justiciar [funcionario judicial] en 1131 y a su alcalde en 1231.

La capacidad de desarrollo

La cuarta característica del sistema de derecho urbano era su capacidad de desarrollo, es decir, su tendencia no sólo a cambiar, sino también a desarrollarse continua y orgánicamente. Esta capacidad y esta tendencia se reflejaron en la ocasional colección y sistematización de las costumbres de la ciudad o el poblado, junto con los juramentos de los diversos cargos. También se reflejó en la regular aplicación y periódica sistematización de ordenanzas y leyes de los cuerpos gobernantes de la ciudad o el poblado, así como de los varios gremios que contenía. Además de esas fuentes indígenas de crecimiento consciente, el derecho urbano a menudo se benefició con la inspiración del derecho romano y el canónico. Algunas ciudades "adoptaron" expresamente el derecho romano. Sin embargo, éste siempre era el ideal, el dinámico derecho romano de las universidades, y no un conjunto de reglas inmutables. El derecho romano era considerado como un fondo del cual podían tomarse ideas y principios legales para hacer frente a las necesidades nuevas. Por tanto, también él fue un elemento del desarrollo consciente del derecho.

La integridad como sistema

La capacidad del derecho urbano para desarrollarse y su tendencia al desarrollo se relacionaron con su carácter de sistema jurídico, también inspirado parcialmente en el carácter sistemático del derecho romano y del canónico. Ante todo en las ciudades italianas, pero en menor grado en otras partes, se consideró que el derecho urbano se basaba, en primera instancia, en la costumbre *(mos, consuetudo, usus),* y en segundo lugar en reglas decretadas por las autoridades legislativas, que a su vez se dividían en ordenanzas *(statuta)* de gremios y otras asociaciones y leyes *(leges)* de la autoridad legislativa de la ciudad, del rey o el emperador. *Statuta* y *leges* tenían la ventaja de estar escritas, lo que les daba una importancia especial. No obstante, el poner por escrito las costumbres por orden de la autoridad pública no necesariamente las privaba de su calidad de derecho consuetudinario. En el derecho urbano, como en el canónico y en los otros sistemas jurídicos de la época, en los casos de conflicto interno entre las fuentes de la ley la costumbre cedía ante el estatuto, y el estatuto ante la *lex.* Los estatutos gremiales eran sometidos a frecuente examen y aprobación de las autoridades urbanas, que a menudo imponían a los gremios el deber de revisar periódicamente sus estatutos.

Otras características del derecho urbano estaban vinculadas con rasgos específicos de las relaciones sociales y económicas dentro de la ciudad o el poblado. Así, era característico del derecho urbano que los ciudadanos o lugareños pudiesen adquirir legalmente tierras y edificios mediante una forma de tenencia llamada tenencia de *burgage* o tenencia urbana. En marcado contraste con las tenencias de clan y feudales, la tenencia de ciudad incluía el derecho de legar la propiedad a voluntad, de venderla, de hipotecarla, de alquilarla y, en general, de tener derechos similares a los que en el siglo XVIII llegaron a llamarse de "propiedad" *(propriété, Eigentum)*. Sin embargo, las restricciones al uso privado de la tierra y los edificios eran mucho más grandes a finales del siglo XI y durante el XII que a finales del siglo XVIII y durante el XIX, ya que las actividades económicas urbanas en aquel primer periodo solían estar estrictamente reguladas por el derecho consuetudinario, por una parte, y por las reglas gremiales, por la otra.

La ciudad como comunidad histórica

En decenios recientes, los sociólogos norteamericanos han prestado creciente atención a la historia de la ciudad, en parte como resultado de la traducción al inglés de los escritos de Max Weber sobre la ciudad.[54] Weber dominaba la literatura secundaria sobre la historia de la ciudad occidental que se había acumulado a finales del siglo XIX y comienzos del XX, y la sintetizó e integró con su propia teoría general de la sociedad. Y, sin embargo, la influencia de Weber no ha sido enteramente favorable. No corrigió algunos errores importantes concernientes a la historia urbana cometidos por sus predecesores, y su teoría general de la sociedad también adolece de graves defectos, especialmente dañinos cuando se les aplica a las comunidades urbanas.

Ante todo, la teoría de la ciudad de Weber, aunque redactada en términos históricos, no menciona siquiera —y mucho menos explica— la característica más notable y distintiva de la ciudad occidental, a saber, su conciencia histórica: es decir, la conciencia de su propio desarrollo histórico, su creencia en su propio tránsito del pasado al futuro, su sentido de su propio carácter continuado y en desarrollo. La teoría de Weber hace una contribución importante, ya que enfoca la unidad estructural de la ciudad occidental como comunidad en un momento dado, a saber, el momento de su origen histórico en la "Baja Edad Media"; pero una grave flaqueza de su teoría es el no haber enfocado la dinámica del desarrollo de la ciudad occidental, no haber notado que la ciudad occidental, en contraste con las ciudades romanas, islámicas y orientales, creía en el desarrollo orgánico de sus instituciones políticas, económicas y sociales a lo largo de generaciones y de siglos.

Weber escribió que aunque los rudimentos del tipo occidental de ciudad pueden encontrarse ocasionalmente en otras culturas, sobre todo en el Medio Oriente, "una 'comunidad' urbana en todo el sentido de la palabra sólo aparece en Occidente". Afirmó:

> Para constituir una plena comunidad urbana, un asentamiento debía representar un relativo predominio de las relaciones comerciales, en que el asentamiento en conjunto mostrara los siguientes rasgos: *1)* una fortificación; *2)* un mercado; *3)* un tribunal propio y, al menos, un derecho parcialmente autónomo; *4)* una relacionada forma de asociación, y *5)* una autonomía y autocefalia, al menos parciales, y por ello también una administración hecha por autoridades, en la elección de las cuales participaban los burgueses.

Ese peculiar sistema de fuerzas, según Weber, sólo pudo aparecer en condiciones especiales y en una época en particular, a saber, en la Europa medieval.[55]

Los elementos constitutivos atribuidos por Weber a la "plena comunidad urbana" de Occidente reflejan su integración estructural pero no explican su carácter dinámico, su desarrollo en el tiempo. No explican por qué o cómo la ciudad del siglo XII se desarrolló hasta ser la ciudad de los siglos XVI y XX, muchas de cuyas características son idénticas o al menos continúan las de la ciudad del siglo XII, pero otras de las cuales son considerablemente distintas, en grado si no en especie. Una típica ciudad del siglo XX tiene las características siguientes: *1)* es una corporación, dotada de personalidad jurídica con capacidad para demandar y ser demandada, contiene propiedades, hace contratos, adquiere bienes y servicios, emplea mano de obra, pide dinero prestado; *2)* es una entidad política, habitualmente gobernada por un alcalde o administrador de la ciudad junto con un concejo elegido, que puede emplear funcionarios, fijar impuestos, ejercer el derecho de dominio eminente y desempeñar otros actos y funciones gubernamentales; *3)* es una unidad económica que habitualmente administra o controla el abasto de agua, gas, electricidad y transporte, y regula la construcción y el uso de alojamientos y la ubicación de las empresas económicas, y *4)* es una dependencia para la promoción del bienestar social, que incluye la educación, la protección de la salud, la ayuda a los pobres y el recreo público.[56] Como su progenie del siglo XX, las ciudades de la Europa del XII también eran entidades corporativas, políticas, económicas y sociales; empero, la gama de sus actividades en cada uno de estos papeles era mucho más limitada que la de la ciudad actual. Gran parte de lo que hoy hace una ciudad lo hacían entonces dentro de la ciudad los gremios y la Iglesia, así como la familia extensa. Asimismo, la ciudad actual está mucho más integrada al Estado nacional moderno, es más representativa de éste, es una entidad que sólo empezaba a existir en el siglo XII. Y, sin embargo, a pesar de estas diferencias, la ciudad actual se desarrolló, por un proceso de crecimiento orgánico, a partir de las ciudades y los poblados que fueron creados o recreados en el periodo de la Revolución

papal. Y ese proceso de crecimiento fue parte de su carácter de comunidad urbana.

El proceso de crecimiento de la ciudad occidental no puede explicarse si no se hace referencia a su autoconciencia histórica, su sentido de su propia continuidad y desarrollo históricos, su conciencia de su propio carácter continuado de comunidad, su propio tránsito del pasado al futuro. En la historia, esto se relacionó, primero, con la dimensión religiosa de la Revolución papal, en especial con la misión de la Iglesia de reformar y redimir gradualmente el orden secular. Se relacionó, en segundo lugar, con la dimensión política de la Revolución papal y en especial con la fe en la coexistencia de diversas entidades seculares autónomas; fue esta creencia la que hizo posible y urgente, a la vez, que los ciudadanos formaran comunas urbanas, independientes de la autoridad real, feudal y aun eclesiástica, algo que habría sido impensable antes de que el papado desacralizara la monarquía. Se relacionó, en tercer lugar, con la dimensión jurídica de la Revolución papal, especialmente con la creencia en que la reforma y redención del orden secular habían de lograrse mediante el continuo y progresivo desarrollo de las instituciones jurídicas y la revisión periódica de las leyes, para superar a las fuerzas del desorden y la injusticia.

De manera extraña, Weber, en un capítulo posterior, contradijo su propia descripción de lo que constituye la unicidad de la ciudad medieval de Occidente. Sin notar la discrepancia, atribuyó las cinco características de una "plena comunidad urbana" —que al principio había dicho que "sólo aparece en Occidente"— también a la ciudad asiática y la oriental. Afirmó que esta última era una fortaleza y un mercado. También ella contenía granjas, en *socage* (es decir, tenencia no feudal), con tierras enajenables sin restricción, o hereditarias sin obstáculos, o tan sólo obligadas a pagar una renta fija de la tierra. También ella tenía su propia "constitución autónoma", lo que, puede suponerse, significa su propia forma de asociación y al menos una autonomía y una autocefalia parciales.[57] En todos estos aspectos, las diferencias entre la ciudad medieval de Occidente y sus equivalentes asiáticas eran diferencias —afirmó Weber— sólo de grado. Lo que distinguió "absolutamente" la ciudad occidental, concluyó Weber, era la condición jurídica personal, es decir, la *libertad,* de los ciudadanos.[58] Afirmó que los siervos que emigraban a las ciudades tenían un interés común en evitar la imposición de servicios militares o de otra índole por sus antiguos amos. "Por ello, los citadinos usurparon el derecho de violar la ley señorial. Ésta fue la principal innovación revolucionaria de las ciudades occidentales medievales, en contraste con todas las demás."[59] Weber continuó diciendo que "El corte de las conexiones de *status* con la nobleza rural" se había conectado con la formación de corporaciones municipales: comunas legalmente autónomas. "Unas similares etapas preliminares de la constitución de una *polis* o comuna acaso aparecieran repetidas veces en Asia y en África", añadió. (Nótense las cautelosas palabras "preliminares" y "acaso".) "Sin embargo, nada se conoce [en Asia o África] de un *status* legal de ciudadanía."[60]

De este modo, Weber acabó por reconocer que había algo en el derecho occidental que fue de importancia crítica para el surgimiento de la ciudad occidental. También, al parecer, hubo algo de importancia crítica en la religión occidental... que Weber sólo trató indirectamente. Señaló que en las culturas asiáticas, incluso de China e India, era imposible unir a todos los habitantes de una ciudad en un grupo social homogéneo:

> La más importante de las razones de la peculiar libertad de los citadinos en la ciudad mediterránea, en contraste con la asiática [escribió], es la ausencia de limitaciones mágicas y animistas de casta y familia. Varían las formaciones sociales que impidieron la fusión de los moradores de la ciudad en un grupo homogéneo. En China, fue la familia exógama y endofrática; en India... ha sido la casta endógama.[61]

Aquí, Weber se basó en la obra de Fustel de Coulanges para mostrar que las antiguas ciudades griegas y romanas crearon un fundamento religioso de los ciudadanos, sustituyendo el banquete del culto de la familia por el banquete del culto de la ciudad. Y, sin embargo, Weber no ofreció ninguna explicación de la relación del factor religioso con el factor jurídico y político; más particularmente, no se enfrentó al hecho de que las antiguas ciudades griegas y romanas se basaban en la esclavitud y carecían de esa "peculiar libertad de los moradores de las ciudades" que no fue característica de la "ciudad mediterránea" como tal, sino de la ciudad europea occidental desde finales del siglo XI. De este modo, Weber no llegó a decir que el surgimiento de las libertades urbanas en Occidente fue parte de un revolucionario cambio *religioso,* en el cual, por una parte, la entidad eclesiástica declaró su independencia de todas las entidades seculares y, por la otra, el concepto mismo de entidades seculares fue creado por vez primera y se dijo que las entidades seculares eran reformables y redimibles.

¿Por qué subestimó Weber el papel desempeñado por el derecho y la religión en el origen y el desarrollo de la ciudad occidental? ¿Y por qué perdió de vista el papel de la conciencia histórica occidental, es decir, la creencia occidental en el desarrollo orgánico de las instituciones religiosas y jurídicas a lo largo de generaciones y de siglos?

Carlos Marx había atribuido los cambios de la conciencia social, incluyendo las conciencias religiosa y jurídica, a los cambios en las tecnologías ocurridos para satisfacer necesidades económicas (el modo de producción) y en la lucha de clases por controlar esas tecnologías (relaciones de producción). Por su parte, Weber creyó que, además de las fuerzas económicas materiales que determinan la conciencia social, también hay unas fuerzas políticas materiales. En otras palabras, que el afán de poder político es una fuerza objetiva independiente, y no (como había pensado

Marx) tan sólo un reflejo del afán de poder económico. Por consiguiente, según Weber, el surgimiento de la ciudad occidental a finales del siglo XI y comienzos del XII no sólo se debió al desarrollo de un nuevo modo de producción (industria artesanal y oficios) que atrajo a los siervos, del señorío, en oposición a sus señores feudales, sino también al desarrollo de nuevas relaciones políticas. Weber pudo ver que también la nobleza tenía sus razones políticas para favorecer la creación y el desarrollo de las ciudades. Pero Weber, como Marx, creyó que la conciencia, en especial la religiosa y jurídica, era en esencia un instrumento de dominio. Más específicamente, Weber, como Marx, creyó que la idea de crear ciudades, el crecimiento de la conciencia comunal dentro de ellas y el desarrollo de instituciones jurídicas y religiosas urbanas (que por una parte manifestaban la conciencia urbana y por la otra mantenían el poder económico y político de las clases gobernantes), todo esto constituía una "superestructura" inmaterial (espiritual, ideológica) levantada sobre una "base" material (económica y política).

Sin embargo, las instituciones jurídicas occidentales no pueden explicarse satisfactoriamente como simple superestructura o como simple ideología; de hecho, toda interpretación de la historia occidental que se edifique sobre una distinción entre una base material y una superestructura ideológica no podrá explicar satisfactoriamente la tradición jurídica occidental. Sin embargo, esto no significa que los valores, las ideas, las creencias, los conceptos y otras formas de conciencia social ocupen el primer lugar, por decirlo así, y que "causen" cambios en la vida económica y política; o, para el caso, en las instituciones jurídicas. Las instituciones jurídicas de Occidente no pueden explicarse *ni* en términos idealistas, tan sólo como manifestaciones de conceptos preexistentes, *ni* en términos materialistas, exclusivamente como instrumentos para ejercer el poder económico o político. Sólo se las puede explicar satisfactoriamente en términos que abarquen el idealismo y el materialismo y que a la vez vayan más allá.

La teoría social convencional yerra al suponer que el cambio histórico es causado tan sólo por modificaciones a las condiciones básicas sociales, económicas y políticas. De hecho, no existe algo que pudiera llamarse exclusivamente condiciones (o fuerzas) sociales, económicas y políticas; siempre forman parte de un contexto de percepción y de sensibilidad. Tampoco existen, por sí solos, valores, ideas y creencias; en la urdimbre social, siempre están conectados con "intereses materiales". El poder también es una idea; la justicia también es una fuerza. Ninguno de ellos *causa* al otro en el sentido científico del término.

Para comprender *por qué* ocurrió un gran cambio histórico, hemos de ir más allá de las interrelaciones entre las ideas y las condiciones materiales, para llegar a los tiempos y circunstancias, no sólo para contarlos, sino también para mostrar su significación histórica, su sentido para el pasado

y el futuro. Instituciones jurídicas tales como el carácter corporativo de la ciudad, la enajenabilidad de la propiedad urbana y las libertades de los ciudadanos deben interpretarse, parcialmente, como manifestaciones de ideas y valores, y parcialmente como instrumentos del poder económico y político, pero también se les debe interpretar como hechos históricos considerables y como partes de secuencias importantes de los hechos históricos. No son tan sólo "manifestaciones" e "instrumentos"; *ocurrieron;* y saber cuándo y cómo ocurrieron y como parte de los acontecimientos más generales que ocurrieron, nos ayudará a comprender *por qué* sucedieron. De hecho, las instituciones jurídicas de la ciudad occidental no pueden explicarse satisfactoriamente de ninguna otra manera. Además del materialista y objetivo "por qué" y del idealista y subjetivo "por qué", hay un "por qué" histórico, un "por qué" que viene a dar a las dimensiones externa e interna de la investigación una dimensión a la vez pasada y futura.

XIII. DERECHO REAL: SICILIA, INGLATERRA, NORMANDÍA Y FRANCIA

LA REVOLUCIÓN PAPAL hizo surgir una nueva concepción de la monarquía en la cristiandad occidental. El rey ya no era cabeza suprema de la Iglesia. Gradualmente fue llegando a su fin la época de la "monarquía sacra". En las cuestiones llamadas "espirituales" el obispo de Roma era supremo: no sólo sobre los reyes, sino también sobre el soberano más importante de todos, el emperador. Por vez primera, el emperador y el rey fueron concebidos como gobernantes "seculares", cuyas tareas principales eran: primera, mantener la paz dentro de sus reinos respectivos, es decir, contener la violencia; y segunda, hacer justicia, es decir, gobernar en las esferas política y económica. Más aún: hasta en estas cuestiones, la Iglesia desempeñaba un papel importante.

La reducción de la autoridad real en asuntos eclesiásticos fue compensada, empero, por un gran aumento de la autoridad real en relación con otras entidades seculares: tribales, locales, feudales y urbanas. En palabras de Joseph Strayer, "El concepto gregoriano de la Iglesia casi exigió la invención del concepto de Estado".[1] La división misma en entidades espiritual y secular impuso un concepto territorial de la monarquía, en que el rey ya no era principalmente el jefe guerrero del clan (o de la federación de clanes) y principal barón de la jerarquía feudal. Antes, había gobernado directamente a sus "sabios" y principales aparceros, y sólo indirectamente, por medio de aquéllos, a los jefes locales, subvasallos y sus súbditos. En adelante, gobernaría directamente —por medio de sus funcionarios— a todo el pueblo, o al menos a todos los hombres libres del territorio del que era soberano. También éste fue un proceso gradual que requirió varias generaciones en el caso de los gobernantes normandos de la Italia meridional, Inglaterra y Normandía, y otras varias generaciones en los casos de Francia y las tierras alemanas.

La nueva concepción de la monarquía exigió por vez primera el reconocimiento, en los siglos XII y XIII, del papel legislador del rey. Por primera vez, los reyes de Europa empezaron regularmente a promulgar leyes y a justificar su legislación no sólo como la anotación por escrito de costumbres antiguas o como medios extraordinarios de hacer frente a urgencias, sino como ejercicio normal de las funciones reales, como parte esencial de la responsabilidad de un rey por mantener la paz y hacer justicia. La legislación real llegó a distinguirse de las actividades administrativas, financieras y militares, así como de la política en general.

Asimismo, la dirección de un gobierno real se volvió profesional y dividi-

da; en ese sentido, se burocratizó. La legislación se llevó adelante por medio de un nuevo cuerpo profesional, habitualmente llamado "consejo del rey", más pequeño y muy distinto de las antiguas asambleas consultivas tribales y de los grandes consejos feudales. De manera similar, se profesionalizó la tradicional función real de pronunciar juicio. Del consejo del rey se desprendieron varios tribunales reales centrales. El nombre mismo de "corte [tribunal] del rey" *(curia regis)* fue transferido de la casa real en conjunto a los funcionarios reales que actuaban profesionalmente en capacidad legislativa, administrativa o judicial. Los funcionarios de la casa del rey se volvieron los jefes de departamentos: el secretario se volvió jefe de la cancillería; el encargado de las finanzas, jefe de la tesorería, etcétera.[2]

El nuevo concepto jurídico de la monarquía le debió mucho al nuevo concepto jurídico de la autoridad papal, que había sido inicialmente proclamado en 1075 por el papa Gregorio VII en sus dictados. Así como el papa era cabeza de una Iglesia corporativa, gobernada por un cuerpo de ley al que aportaba su legislación y sus decisiones judiciales, así los reyes trataron de unificar sus respectivos reinos por medio de un cuerpo de ley al que aportaron su legislación y sus decisiones judiciales. Y también como los papas, los reyes legislaron y juzgaron por medio de funcionarios con preparación profesional, asignados en especial a esas tareas.

A veces se dice que la nueva concepción del rey como legislador surgió después de que se descubrieron los textos de derecho romano de Justiniano en los últimos años del siglo XI y del consiguiente desarrollo de la nueva ciencia del derecho romano en las universidades europeas. Los granos de verdad que hay en esta tesis son: primero, que los partidarios de la autoridad legislativa real buscaron en los textos romanos una justificación de esa autoridad; y, segundo, que los reyes encontraron en el vocabulario del derecho romano muchos términos útiles para su propia legislación. Sin embargo, lo mismo hicieron los partidarios de la autoridad legislativa papal y de la autoridad legislativa urbana. El "argumento a base del derecho romano", como se le ha llamado, fue precisamente eso: un argumento, una justificación, y no una motivación o causa. No es posible atribuir seriamente la motivación y la causa del desarrollo de la autoridad legislativa real a un descubrimiento del derecho romano, lo que es evidente por el hecho de que la autoridad legislativa real alcanzó su mayor importancia en Inglaterra, Normandía y el reino normando de Sicilia, donde el resurgimiento del derecho romano fue más débil que, por ejemplo, en Francia, mientras que en la Italia septentrional, donde fue más poderoso el resurgimiento del derecho romano, la autoridad legislativa del emperador siguió siendo rudimentaria y la monarquía no existió en absoluto.

La unión de los conceptos territorial y jurídico de la monarquía hizo surgir un sistema de derecho real dentro de cada uno de los reinos de Europa. Los reyes establecieron tribunales centrales con jurisdicción —sobre ciertos tipos de casos— en los territorios en que reinaban, y decretaron

XIII. DERECHO REAL: SICILIA, INGLATERRA, NORMANDÍA Y FRANCIA

La Revolución papal hizo surgir una nueva concepción de la monarquía en la cristiandad occidental. El rey ya no era cabeza suprema de la Iglesia. Gradualmente fue llegando a su fin la época de la "monarquía sacra". En las cuestiones llamadas "espirituales" el obispo de Roma era supremo: no sólo sobre los reyes, sino también sobre el soberano más importante de todos, el emperador. Por vez primera, el emperador y el rey fueron concebidos como gobernantes "seculares", cuyas tareas principales eran: primera, mantener la paz dentro de sus reinos respectivos, es decir, contener la violencia; y segunda, hacer justicia, es decir, gobernar en las esferas política y económica. Más aún: hasta en estas cuestiones, la Iglesia desempeñaba un papel importante.

La reducción de la autoridad real en asuntos eclesiásticos fue compensada, empero, por un gran aumento de la autoridad real en relación con otras entidades seculares: tribales, locales, feudales y urbanas. En palabras de Joseph Strayer, "El concepto gregoriano de la Iglesia casi exigió la invención del concepto de Estado".[1] La división misma en entidades espiritual y secular impuso un concepto territorial de la monarquía, en que el rey ya no era principalmente el jefe guerrero del clan (o de la federación de clanes) y principal barón de la jerarquía feudal. Antes, había gobernado directamente a sus "sabios" y principales aparceros, y sólo indirectamente, por medio de aquéllos, a los jefes locales, subvasallos y sus súbditos. En adelante, gobernaría directamente —por medio de sus funcionarios— a todo el pueblo, o al menos a todos los hombres libres del territorio del que era soberano. También éste fue un proceso gradual que requirió varias generaciones en el caso de los gobernantes normandos de la Italia meridional, Inglaterra y Normandía, y otras varias generaciones en los casos de Francia y las tierras alemanas.

La nueva concepción de la monarquía exigió por vez primera el reconocimiento, en los siglos XII y XIII, del papel legislador del rey. Por primera vez, los reyes de Europa empezaron regularmente a promulgar leyes y a justificar su legislación no sólo como la anotación por escrito de costumbres antiguas o como medios extraordinarios de hacer frente a urgencias, sino como ejercicio normal de las funciones reales, como parte esencial de la responsabilidad de un rey por mantener la paz y hacer justicia. La legislación real llegó a distinguirse de las actividades administrativas, financieras y militares, así como de la política en general.

Asimismo, la dirección de un gobierno real se volvió profesional y dividi-

da; en ese sentido, se burocratizó. La legislación se llevó adelante por medio de un nuevo cuerpo profesional, habitualmente llamado "consejo del rey", más pequeño y muy distinto de las antiguas asambleas consultivas tribales y de los grandes consejos feudales. De manera similar, se profesionalizó la tradicional función real de pronunciar juicio. Del consejo del rey se desprendieron varios tribunales reales centrales. El nombre mismo de "corte [tribunal] del rey" *(curia regis)* fue transferido de la casa real en conjunto a los funcionarios reales que actuaban profesionalmente en capacidad legislativa, administrativa o judicial. Los funcionarios de la casa del rey se volvieron los jefes de departamentos: el secretario se volvió jefe de la cancillería; el encargado de las finanzas, jefe de la tesorería, etcétera.[2]

El nuevo concepto jurídico de la monarquía le debió mucho al nuevo concepto jurídico de la autoridad papal, que había sido inicialmente proclamado en 1075 por el papa Gregorio VII en sus dictados. Así como el papa era cabeza de una Iglesia corporativa, gobernada por un cuerpo de ley al que aportaba su legislación y sus decisiones judiciales, así los reyes trataron de unificar sus respectivos reinos por medio de un cuerpo de ley al que aportaron su legislación y sus decisiones judiciales. Y también como los papas, los reyes legislaron y juzgaron por medio de funcionarios con preparación profesional, asignados en especial a esas tareas.

A veces se dice que la nueva concepción del rey como legislador surgió después de que se descubrieron los textos de derecho romano de Justiniano en los últimos años del siglo XI y del consiguiente desarrollo de la nueva ciencia del derecho romano en las universidades europeas. Los granos de verdad que hay en esta tesis son: primero, que los partidarios de la autoridad legislativa real buscaron en los textos romanos una justificación de esa autoridad; y, segundo, que los reyes encontraron en el vocabulario del derecho romano muchos términos útiles para su propia legislación. Sin embargo, lo mismo hicieron los partidarios de la autoridad legislativa papal y de la autoridad legislativa urbana. El "argumento a base del derecho romano", como se le ha llamado, fue precisamente eso: un argumento, una justificación, y no una motivación o causa. No es posible atribuir seriamente la motivación y la causa del desarrollo de la autoridad legislativa real a un descubrimiento del derecho romano, lo que es evidente por el hecho de que la autoridad legislativa real alcanzó su mayor importancia en Inglaterra, Normandía y el reino normando de Sicilia, donde el resurgimiento del derecho romano fue más débil que, por ejemplo, en Francia, mientras que en la Italia septentrional, donde fue más poderoso el resurgimiento del derecho romano, la autoridad legislativa del emperador siguió siendo rudimentaria y la monarquía no existió en absoluto.

La unión de los conceptos territorial y jurídico de la monarquía hizo surgir un sistema de derecho real dentro de cada uno de los reinos de Europa. Los reyes establecieron tribunales centrales con jurisdicción —sobre ciertos tipos de casos— en los territorios en que reinaban, y decretaron

leyes que se aplicarían en esos tribunales. Además de aplicar las leyes decretadas por los reyes, los tribunales reales también aplicaban principios, conceptos y reglas jurídicos considerados obligatorios en toda la nación —"la ley de la tierra" *(lex terrae)*— y que se derivaban de la costumbre, de la razón y de la conciencia, según la nueva ciencia jurídica. Esta ciencia jurídica fue imbuida por el nuevo derecho romano de las universidades y por el nuevo derecho canónico de la Iglesia.

En los diversos reinos de Europa, el derecho común del rey y de los tribunales del rey fue remplazando gradualmente casi todos los rasgos heteróclitos del derecho tribal, local y regional que había en el territorio. Por ejemplo, en Inglaterra remplazó a la ley de Wessex, la ley de Mercia y la *Danelaw*, en que el derecho inglés aún había estado dividido a comienzos del siglo XII. En Sicilia, las leyes de los griegos, los árabes, los lombardos y los normandos fueron subordinadas a un derecho común de Rogerio II, quien gobernó de 1112 a 1154. Rogerio fue el primero de los grandes reyes legisladores del siglo XII. Lo siguieron en la segunda mitad de ese siglo Enrique II de Inglaterra (1154-1189), Federico *Barbarroja* de Alemania (1152-1190), Felipe *Augusto* de Francia (1180-1223) y el conde Felipe de Flandes (1169-1190), y en el siglo XIII Federico II de Sicilia y Alemania (1208-1250), Enrique III (1216-1272) y Eduardo I (1272-1307) de Inglaterra, Luis IX de Francia (1226-1270) y Fernando III (1217-1252) y Alfonso X (1252-1284) de Castilla y León. En contraste con legisladores de época muy posterior, estos reyes legislaron básicamente estableciendo procedimientos y remedios que se aplicarían en los tribunales reales. Sin embargo, es impresionante la lista de actos legislativos importantes promulgados por los monarcas europeos en los siglos XII y XIII (cuadro 1, p. 546).

Antes de finales del siglo XI y comienzos del XII, los reinos se habían unificado —en la medida en que lo estuvieran— no por un cuerpo de derecho común administrado por funcionarios reales, sino por la propia persona del rey y la creencia en su carácter sagrado y sus poderes taumatúrgicos. Este hecho fue dramáticamente ilustrado por el carácter peripatético de la monarquía en aquella época anterior: los reyes debían viajar de continuo por sus reinos para sofocar levantamientos y hacer justicia. Los grandes señores que eran sus vasallos en los campos no mandaban como delegados o funcionarios, sino como gobernantes autónomos. Desde luego, había excepciones —pensemos en Carlomagno—, pero en general los emperadores y reyes de la época germánica representaron principalmente la unidad espiritual —en la terminología actual, la unidad ideológica— de sus súbditos, por una parte, y, por otra, su unidad militar al resistir a los paganos invasores del Norte, el Este y el Sur; en lo económico, lo político y, sobre todo, en lo jurídico, casi no había ninguna unidad. Fue esta situación la que se modificó espectacularmente a finales del siglo XI y comienzos del XII. La tutela suprema sobre la unidad eclesiástica pasó a ser prerrogativa del papado, mientras que la monarquía en muchas partes de

Europa adquiría un agrandado poder secular —que incluía poder económico, político y jurídico— ante las entidades seculares más pequeñas. El historiador alemán Heinrich Mitteis tuvo razón al decir que "el siglo XII aún no había llegado a una concepción abstracta del Estado [secular] como entidad corporativa o 'persona jurídica' ". También tuvo razón en que "la Querella de las Investiduras hizo surgir un concepto más general de la función y la competencia del Estado". Pero no estuvo muy acertado al decir que "la fe en el carácter sacro y los poderes taumatúrgicos de los monarcas, heredados del pasado pagano y conservados por la temprana Iglesia medieval, sobrevivieron a la Querella de las Investiduras".[3] Esta afirmación sería correcta si se comparara el siglo XII con una época posterior, por ejemplo, el siglo XIV y poco después. Pero no es correcta cuando se hace la comparación entre el siglo XII y los siglos anteriores a la Querella de las Investiduras. Sólo necesitamos recordar el contraste entre el *Policraticus* de Juan de Salisbury y el *Anónimo normando*. El propio Mitteis añadió que "es verdad que los gobernantes del siglo XII tendieron a adoptar una actitud cada vez más secular hacia la política", y que el concepto de un Estado secular se reflejó en el hecho de que "los funcionarios de la casa real —especialmente en Francia e Inglaterra— tendieron a volverse un consejo cerrado de administradores permanentes y especializados".[4] Sin embargo, hubo más que eso. El propio gobernante se volvió una figura constitucional, un funcionario jurídicamente definido, cuyo *imperium* —como dijo Azo— quedaba limitado, al menos en teoría, por su *iurisdictio*, su autoridad legítima. El poder del rey también quedaba limitado constitucionalmente por el derecho del súbdito a resistir a sus órdenes injustas, extendiéndose hasta el derecho y el deber de matar a un rey tirano *(rex tyrannus)*.

Desde luego, estos derechos constitucionales del súbdito eran en gran parte teóricos, en el sentido de que, visto aisladamente, solía ser demasiado débil para poder ejercerlos. Y, sin embargo, había considerables limitaciones prácticas al poder real, impuestas parcialmente por las dificultades prácticas de la comunicación, que engendraban retrasos, discusiones y una obediencia nominal, y también en parte por las varias comunidades a las que pertenecían los súbditos: la nobleza feudal, los burgueses, los comerciantes y el clero, así como también las comunidades locales, regionales y de clan, que seguían contando con la lealtad de sus miembros. En siglos ulteriores, estas diversas comunidades acabarían por exigir su representación en asambleas ("parlamentos") que daban consejo y a veces se oponían a los monarcas, y enteramente aparte de la representación política, las diversas clases constituyeron "estamentos" u "órdenes", con las cuales siempre tenían que contar los reyes. Aun cuando se planteara una teoría de la tiranía, como en el reino normando de Sicilia, esas limitaciones prácticas al poderío real fueron considerables. Un autor ha descrito correctamente la política de Sicilia —en el clímax del despotismo real— como una "tensión dinámica entre la monarquía y las clases de privilegio, que produjo

una continuada renegociación de las relaciones entre la Corona y la comunidad".[5] Esta descripción puede aplicarse mejor aún a otras monarquías territoriales seculares de la época.

En resumen, en casi todas las partes de la cristiandad occidental surgió, a finales del siglo XI y durante el XII y el XIII, un nuevo tipo de comunidad política, el reino territorial secular, con nueve características importantes:

1. El rey ya no era el supremo jefe espiritual en su dominio, sino que era, en cambio, un gobernante secular (o temporal), subordinado en cuestiones espirituales a la Iglesia de Roma, encabezada por el papa.

2. El rey ya no era sólo el primero entre sus principales sabios y guerreros, y el principal señor sobre sus vasallos, sino que en cambio tenía autoridad para gobernar directamente a todos sus súbditos dentro de su dominio territorial.

3. Como gobernante temporal de todos sus súbditos, las principales tareas del rey eran mantener la paz y hacer justicia, lo que en la práctica significaba, principalmente, contener la violencia y regular las relaciones que surgieran por la tenencia de la tierra.

4. Estas tareas y otras las desempeñaba el rey por medio de cuerpos de funcionarios de profesión, que incluían jueces reales, y por medio de equipos de servidores reales profesionales, y no sólo gobernando (como antes) por medio de una nobleza feudal autónoma, cuya autoridad se derivaba de sus propios cargos hereditarios.

5. El rey también afirmó por vez primera el derecho y el deber de legislar, es decir, de poner en vigor nuevas leyes con mayor o menor frecuencia conforme surgiera la necesidad.

6. Como el Estado eclesiástico encabezado por el obispo de Roma, y como las ciudades-Estados encabezadas por alcaldes, cónsules y otros funcionarios, así también el Estado real, con ayuda de adjudicación y legislación profesionales, desarrolló su propio cuerpo de derecho.

7. En la *teoría* política y jurídica, el poder del rey estaba limitado por frenos constitucionales que incluían frenos a su jurisdicción así como al ejercicio del poder dentro de su jurisdicción, y estas limitaciones llegaron hasta conferir a sus súbditos el derecho y el deber teóricos de resistir a las órdenes injustas y aun de emplear la fuerza contra un rey tirano.

8. En la *práctica* política y jurídica, el poder del rey estaba limitado por el poder de las varias comunidades que vivían dentro del reino, incluyendo una clase —el clero— cuyo poder trascendía los límites territoriales del reino. También el poder de la clase mercantil tenía ahora una dimensión internacional.

9. Los reyes constituían una elite profesional internacional. Muy a menudo estaban emparentados por lazos de sangre, y era un tanto insólito que un rey se casara con alguien que no fuese miembro de la familia real de otro reino europeo. Este matrimonio dentro de la red de las familias reales fortaleció, sin duda, la conciencia común de los reyes de lo que la

monarquía significaba en la práctica y en la teoría. Cada uno observaba a los demás, aunque sólo fuese como fuente potencial de alianzas matrimoniales. Y, más que ello, cada uno derivaba parcialmente su carácter de rey, de que los demás reconocieran su legitimidad. Ésta fue la primera etapa en el desarrollo del moderno sistema europeo de Estados, en que cada uno recibió su carácter de Estado de su participación en el sistema de Estados y del cuerpo del derecho internacional producido por este sistema, que definió la soberanía estatal.

Estas características generales del nuevo tipo de monarquía que surgió en Europa occidental a finales del siglo XI, durante el XII y comienzos del XIII se manifestaron de muy diversas maneras en los varios reinos occidentales: Sicilia (incluso la Italia meridional), Inglaterra, Normandía, Francia, los ducados alemanes, Flandes, los reinos de la España septentrional, Dinamarca y Hungría. La propia lista parece mostrar que había una gran variedad de especies dentro del mismo género.

El reino normando de Sicilia

En los primeros decenios del siglo XI, caballeros normandos empezaron a pasar de Normandía a Italia, separados o en pequeños grupos, para servir como soldados mercenarios o para buscar fortuna de cualquier otra manera. Entre ellos iban once hijos de un pequeño barón normando llamado Tancredo de Hauteville. Los hijos de Tancredo llevaron a un número cada vez mayor de compatriotas suyos, normandos, junto con mercenarios locales, en triunfantes ataques militares a Apulia, Calabria y Capua. Para el decenio de 1050 se habían establecido como gobernantes de grandes partes de la península del sur de Italia y estaban preparándose a atacar Sicilia.

Durante siglos, la Italia al sur de Roma había estado principalmente bajo el gobierno de Bizancio o de califatos islámicos, o de ambos, y la población era predominantemente griega y árabe, pero también latina y, en menor grado, judía. Además, algunos lugares se hallaban bajo gobierno lombardo. Ésa era la situación cuando en el escenario aparecieron los normandos. Sin embargo, en el decenio de 1050 el papado, que estaba preparándose a sacudirse el yugo de la dominación imperial y que soñaba con encabezar una cruzada contra el Islam para recuperar el Santo Sepulcro, también puso sus ojos en el sur de Italia. En 1053, el papa León IX cometió el grave error de encabezar a un ejército de más de mil mercenarios suabos, lombardos y otros, en combate contra los normandos, pensando que así por fin pondría un alto a aquellos saqueadores y merodeadores. Las tropas papales fueron destrozadas en Civitate, al Este de Nápoles.[6]

En adelante, el papado cambió su línea de conducta; trató de ganarse a los jefes normandos como aliados en su inminente lucha contra el empe-

rador. En 1059, en un sínodo celebrado en Melfi, en Apulia, el papa Nicolás II recibió como sus propios vasallos a dos de los hijos de Tancredo: Roberto Guiscardo y su hermano Ricardo: a Ricardo como príncipe de Capua y a Roberto como "duque de Apulia y de Calabria, por la gracia de Dios y de San Pedro y, con su ayuda futura, duque de Sicilia". A cambio de esta legitimación de sus ambiciones de reinar, Roberto y Ricardo juraron proteger la persona y la posición del papa Nicolás, defender la libertad de las elecciones papales que habían sido proclamadas por vez primera varios meses antes, en Roma, y "apoyar por doquier a la Santa Iglesia romana contra todos los hombres a sostener y adquirir la posesión de San Pedro". Fortalecido —o al menos confortado— por el apoyo papal, Rogerio de Hauteville, hermano menor de Roberto Guiscardo, desempeñó un papel primordial en las guerras contra los musulmanes por la conquista de Sicilia en el decenio de 1060, y en 1072, Roberto Guiscardo, junto con Rogerio, tomó Palermo (por entonces la ciudad más grande de la cristiandad, con excepción de Constantinopla). Roberto Guiscardo se dio el título de rey de Sicilia, cediendo la mayor parte del reino a Rogerio como feudo.

Rogerio, que se había dado el título de gran conde de Sicilia, que conservó hasta su muerte en 1105, no era técnicamente un rey, aunque habitualmente se le llama Rogerio I; y Roberto Guiscardo (que falleció en 1085) sólo fue rey por designación propia. Sin embargo, ambos tenían grandes ambiciones de desempeñar el tipo de papel que se atribuía a los monarcas en el siglo XI y que se describe en el *Anónimo normando* de 1100: el papel de vicario de Cristo, sumo sacerdote y principal gobernante, dotado divinamente con ilimitada autoridad sacra así como política. Cuarenta años antes de que el papado convocara a toda la cristiandad occidental a una cruzada para la liberación de Palestina, Roberto Guiscardo y Rogerio habían llamado guerras santas a sus campañas militares. En combates contra fuerzas musulmanas, ellos exhortaban a sus seguidores a luchar como soldados del ejército de Cristo. Describiendo los preparativos de Roberto Guiscardo para invadir Sicilia, su cronista cita esta frase suya: "Mi deseo es liberar a católicos y cristianos de los sarracenos y ser instrumento de la venganza de Dios". En las campañas siguientes se le representó urgiendo a sus hombres a entrar en combate fortificados por los sacramentos. "Dependamos de Dios más que del número, y confiemos en el Espíritu Santo, que dará a su justa causa la victoria."[7] Ésta fue la cruzada de Roberto y de Rogerio, no del papa, aunque les complaciera contar con la bendición papal.

Además de guiar a sus seguidores en guerras santas contra los herejes sarracenos, e incidentalmente contra los cristianos griegos, Roberto Guiscardo y Rogerio también ejercieron autoridad suprema sobre la Iglesia dentro de sus dominios. Reorganizaron los obispados ya establecidos dentro de los países conquistados y formaron otros nuevos, nombrando a sus propios obispos: prelados normandos o con simpatías normandas. "En el curso de mi conquista de Sicilia", dijo Rogerio, "yo he establecido los obispados sicilianos."[8] Él y Roberto Guiscardo eran muy piadosos. Ambos se preocuparon por fortalecer el derecho canónico y crearon jurisdicciones eclesiásticas separadas para juzgar a los clérigos. Pero aquélla era *su* Iglesia y *su* derecho canónico. Siguieron siendo cabezas supremas de la jurisdicción eclesiástica dentro de sus respectivos dominios.

Y también para esto lograron obtener el apoyo papal. El papa "podía denunciar la investidura de laicos en términos desaforados, pero normalmente confirmó sin mayor protesta las disposiciones episcopales tomadas en Sicilia por ese 'campeón de la fe cristiana, el guerrero Rogerio', 'hombre excelente en el consejo y valeroso en la guerra' ".[9] De hecho, en 1098, el papa Urbano II por bula papal confirió al conde Rogerio y a sus sucesores los poderes hereditarios de un legado papal en Calabria y en Sicilia. Esta notoria bula (que no fue revocada hasta 1867, poco antes de la unificación de Italia) garantizaba que ningún legado papal entraría en los dominios de Rogerio sin su consentimiento.

¿Por qué estuvo dispuesto el papado —en el clímax de la Revolución papal— a sacrificar, por una alianza con los gobernantes normandos de Sicilia, el principio básico por el que se había lanzado la Revolución, a saber, la libertad de la Iglesia?

En primer lugar, el papado necesitaba el apoyo del poderío militar normando para defender la ciudad de Roma contra el emperador; y de hecho, en 1084, cuando después de un largo sitio Enrique IV entró en Roma, Roberto Guiscardo avanzó contra él con una numerosa fuerza de mercenarios calabreses y sarracenos, obligándolo a retirarse.

En segundo lugar, el papado necesitaba una alianza con el reino normando de Sicilia para legitimar su lucha por la independencia política de la Iglesia, y especialmente para legitimar su rebelión contra la dominación política del papado por el emperador. En 1059, cuando el Concilio Pascual de Roma proclamó la libertad de las elecciones papales, desde el punto de vista político el papado aún era parte integrante del Imperio. Carecía de capacidad para tener relaciones políticas independientes con otro organismo. La existencia de la entidad normanda dio al papado la oportunidad de establecer relaciones políticas con otra potencia, independientemente del emperador o de cualquier gobernante. El hecho de que Roberto Guiscardo y sus hermanos estuviesen totalmente fuera del Imperio aumentó el significado de esta afirmación de una independiente facultad papal para llevar relaciones exteriores. De este modo, la alianza con los normandos del Sur constituyó un paso importante en el surgimiento del papado como Estado en el sentido moderno.

Sin embargo, el papado tuvo que pagar un alto precio por haber dado este paso. Los gobernantes normandos de la Italia meridional eran tiranos implacables, y ellos y sus seguidores no sólo gobernaban la Iglesia en sus dominios, sino que también mostraron una crueldad sádica, totalmente incongruente con su apasionada fe en el cristianismo. Por ejemplo, en 1084,

tres días después de que Roberto Guiscardo y sus tropas habían liberado a Roma del emperador Enrique IV, enfurecidos por un levantamiento procedieron a incendiar, saquear y destruir la ciudad, la entregaron al robo, la violación y el asesinato y esclavizaron a muchos ciudadanos importantes. El papa Gregorio VII huyó, desolado, de su capital, no saqueada por sus enemigos imperiales, sino por sus aliados y liberadores normandos.

En la otra cara de la moneda, ¿por qué los gobernantes normandos estuvieron dispuestos a arriesgar, por una alianza con el papa, un posible mentís a sus teorías absolutistas de poder y a su concepto de la monarquía sacra? En realidad, ¿por qué, sólo por esa alianza, estuvieron dispuestos a combatir al emperador, aunque a la sazón no tuviesen otra razón para hacerlo y estuviesen preocupados por los árabes y los griegos en el Sur?

En primer lugar, Roberto Guiscardo y Rogerio necesitaban la venia del papado para declararse reyes. De otra manera, habrían tenido poder pero no autoridad. En el caso de los reyes germánicos la autoridad se había basado, tradicionalmente, en la herencia o la elección. La teoría del partido papista añadió una tercera fuente a la autoridad real: la consagración por la autoridad del papa. Los gobernantes normandos no tenían derechos hereditarios para gobernar la Italia meridional. En realidad, organizaron su "elección" por sus seguidores y fueron "consagrados" por sus propios prelados, pero de esto se enteró todo el mundo. Sólo el obispo de Roma podía legitimar su poder y sus conquistas, haciéndolos permanentes... Así como sólo ellos podían legitimar la independencia del papa ante el emperador, haciéndola permanente.[10] Al reconocer mutuamente su legitimidad, el papa y el gobernante normando de Sicilia establecieron los dos primeros Estados modernos de Europa: uno de ellos como un Estado eclesiástico; el otro, como un Estado secular.

En segundo lugar, encabezada por el partido papista, la Iglesia romana dio una nueva misión a los reyes y los reinos de Europa, misión que coincidía muy bien con los intereses de los gobernantes normandos del sur, y en la cual creían ardientemente. En parte, la misión era geopolítica: unir al Occidente contra el mundo sarraceno, encauzar al Occidente en lo militar, lo político y lo económico hacia el Sur y el Este; en parte, nacional: inspirar a los gobernantes seculares a organizar sus respectivas entidades territoriales y establecer la paz entre las tribus en guerra y entre señores feudales en guerra; y en parte, jurídica: establecer la justicia y reformar el mundo por medio de la ley. Los normandos del sur de Italia adoptaron con todo entusiasmo estas metas del partido papista. Les encantó encabezar ejércitos en cruzadas contra los sarracenos (y contra los griegos) y, a fin de cuentas, establecer la paz y el comercio entre los pueblos políglotas de sus propios reinos y los reinos vecinos. Asimismo, como sus compatriotas normandos en Normandía y en Inglaterra, fueron grandes administradores y juristas; llegaron a compartir la fe del papa en la capacidad reformadora y redentora de las instituciones jurídicas.

Los nexos con Roma ayudaron a los normandos a crear en el sur de Italia no sólo una potencia estatal legítima, sino también una civilización brillante; en realidad, el Estado más rico y poderoso y el mayor centro del arte, la ciencia y la tecnología en Occidente a mediados del siglo XII. Durante el reinado de Rogerio II (1112-1154), su capital, Palermo, fue la ciudad más grande y cosmopolita de Occidente. Su flota mercante era la mayor de Europa. Era el granero del norte de África y el mayor abastecedor de sedas y telas de seda para el continente europeo. Se destacaba en astronomía, geografía y otras ciencias, basándose en las riquezas intelectuales del mundo musulmán y, a través de ellas, en las del Oriente, incluso posiblemente de China. Su escuela de medicina en la Universidad de Salerno era la mejor de Europa. La literatura y la sapiencia en la corte real de Palermo combinaban lo mejor de las tradiciones latinas, arábigas y griegas. Se leían poesías francesa y árabe; Platón, Euclides y Ptolomeo fueron traducidos al latín. Los palacios y las catedrales de Sicilia en el siglo XII, que combinaban el estilo normando románico de arquitectura con el arte del mosaico bizantino, siguen contándose entre los más grandes tesoros artísticos de Europa.

Y, a pesar de todo, también los normandos acabaron por pagar un alto precio por su alianza con el papado. Las tensiones entre su fe en la Iglesia romana y su absoluto control del clero en sus propios dominios, entre su fe en la legalidad y su propio poder tiránico, entre su apasionada fe cristiana y sus propias bárbaras crueldades, así como las tensiones entre los elementos occidentales, bizantinos y musulmanes, normandos, griegos y árabes de su cultura los llevaron a su propia pérdida. Esa pérdida ocurrió después de que el emperador Federico II —nieto de Rogerio II y también nieto del emperador Federico *Barbarroja*— empleó todo su enorme poder para restaurar la autoridad imperial sobre la Iglesia y para incluir en sus dominios no sólo la Italia meridional y, nominalmente, los territorios alemanes, que gobernaba por herencia, sino también las ciudades italianas del norte. De hecho, Federico, acaso el monarca más brillante y poderoso en la historia de Europa después de Carlomagno y antes de Napoleón, no se detuvo en Italia, sino que encabezó una cruzada, desafiando la excomunión papal, y se coronó a sí mismo rey de Jerusalén. A su muerte, en 1250, su hijo Manfredo continuó su política de someter las ciudades del norte de Italia, hasta que el papa Urbano IV encontró un paladín en Carlos de Anjou, a quien ofreció la corona de Sicilia si eliminaba a Manfredo. Carlos acabó por lograrlo. Sin embargo, también Carlos sucumbió a una excesiva ambición, arrogancia y crueldad. Su caída ocurrió en la isla de Sicilia, que había sometido al despótico gobierno de sus franceses. La población siciliana se levantó en armas en 1282 y masacró a los opresores franceses. Este levantamiento, llamado las Vísperas Sicilianas, a la postre dio por resultado la expulsión de los franceses de la isla de Sicilia y su confinamiento a Calabria y Apulia, llamadas en adelante el reino de Nápoles. Sicilia sería gobernada en lo sucesivo por Aragón. Las dos partes de lo que después se

llamaría "las dos Sicilias" fueron devastadas y desmoralizadas por las guerras que condujeron a su separación, y nunca volvieron a recuperarse por completo.

El Estado normando

Si el Estado normando de Sicilia, que era el reino más importante de Europa en el siglo XII, hubiese tenido un futuro comparable al del reino normando de Inglaterra, las instituciones políticas y jurídicas que se crearon en Sicilia en el siglo XII serían hoy tan estudiadas y ampliamente conocidas como las de la Inglaterra de entonces, pues el reino de Sicilia constituyó el primer Estado territorial moderno en Occidente y tuvo el primer sistema occidental moderno de derecho real.

Los normandos de Sicilia mostraron el mismo genio administrativo que sus compatriotas en Normandía e Inglaterra. Característicamente, no trataron de abolir las anteriores instituciones políticas y jurídicas de los pueblos conquistados, sino, antes bien, de aprovechar esas instituciones al máximo posible en el marco de una nueva estructura político-administrativo-jurídica que era, a la vez, más centralizada y más descentralizada.

Una anuencia similar a conservar lo antiguo y adaptarlo a lo nuevo había caracterizado ya a aquellos normandos que, en el año 911, se establecieron permanentemente en el Imperio franco, en lo que llegó a llamarse Normandía. Respetaron, asimilaron y adaptaron a condiciones nuevas las costumbres más avanzadas de los derrotados francos. Sus descendientes, que ocuparon Inglaterra un siglo y medio después, también se preocuparon por conservar, cuando fue posible, las instituciones políticas y jurídicas de los anglosajones. Así, en la Italia meridional, los gobernantes normandos adaptaron para su propio uso varios rasgos de la cultura política y jurídica preexistente, mientras al mismo tiempo transformaban esa cultura en un tipo nuevo de Estado y un tipo nuevo de derecho.

En el sur de Italia los normandos encontraron una entidad avanzada, aunque decadente, que a la vez era mezcla de muchos elementos. Había sido organizada en parte por un gobernador musulmán de Palermo, llamado "emir", que mandaba autocráticamente por medio de cierto número de departamentos gubernamentales. Los normandos —empezando por Roberto Guiscardo— retuvieron el cargo de gobernador en Palermo y hasta el título de "emir", convertido, en latín, en *amiratus* (de donde se deriva el moderno título naval de "almirante"); más aún, casi todos los que ocuparon este cargo en el primer siglo de gobierno normando fueron de origen griego o árabe. El *amiratus,* como sus predecesores, gobernaba a través de departamentos gubernamentales, y éstos, a su vez, eran ocupados por funcionarios adiestrados en la teoría y la práctica administrativas anteriores, principalmente bizantina en Apulia y árabe en Sicilia. Sin embargo, los normandos añadieron un sistema de exámenes para el servicio civil, abierto a personas de varias clases; esta innovación acaso fuese inspirada por el ejemplo chino, del que habían hablado viajeros árabes o judíos.[11]

Además de explotar las instituciones existentes, los normandos crearon nuevas oficinas centrales, directamente conectadas con el tribunal real. Una de ellas era la cancillería, probablemente siguiendo el modelo papal. Su jefe, llamado al principio protonotario y después canciller, tenía el poder del sello real y era el responsable de emitir, en nombre del rey, mandatos, diplomas, decretos y órdenes de varias índoles. Guarino, canciller de Rogerio II, era el *alter ego* del rey, y gobernaba el reino cuando éste se encontraba ausente en sus guerras.

Otro nuevo puesto central fue la tesorería, llamada al principio la *dogana,* encargada de las cuentas reales y que administraba un complicado sistema fiscal. La tesorería debió parte de su carácter a la anterior oficina financiera árabe del *diwan* y al sistema árabe de llevar cuentas. Es probable que también debiera mucho a la desarrollada estructura de administración financiera y del fisco creada a finales del siglo XI y comienzos del XII en la curia papal.

Otro cuerpo oficial más creado por los normandos fue un tribunal real profesional, con jurisdicción sobre los delitos más graves, sobre disputas civiles entre hombres libres que hubiesen perturbado la paz y sobre derechos de propiedad en tierras libres. En 1136, Rogerio II nombró a un "justiciero" para oír casos y encabezar el sistema real de justicia. Desde el tribunal real se enviaron jueces itinerantes para celebrar sesiones en las provincias. Con el tiempo, estos jueces itinerantes se establecieron en forma permanente, y al tribunal supremo de Palermo se le reservaron los casos más importantes. A finales del siglo XII, los tribunales de los señores feudales y de las ciudades habían quedado directamente subordinados a los tribunales del rey, que ejercían un monopolio sobre las diversamente llamadas "quejas de la Corona", "quejas de la espada", "jurisdicción de sangre" y "alta justicia". Esto no tenía paralelo en la práctica bizantina o musulmana.

Los normandos en la Sicilia del siglo XII también crearon la institución de los bailes reales, llamados *baiuli,* similares en nombre y en funciones a los bailes *(ballivi)* del ducado de Normandía. Al principio fueron funcionarios ejecutivos de la Corona, en quienes se delegaban órdenes reales. Después adquirirían más vastos poderes administrativos y cuasijudiciales. Su cargo era permanente. En el siglo XIII, a las órdenes de Federico II, se volvieron funcionarios asalariados, a quienes se podía cesar en sus funciones.

Por medio de tan avanzadas instituciones gubernamentales, los reyes normandos de Sicilia fortalecieron sus nexos con el pueblo en general y, de este modo, su dominio sobre la aristocracia feudal y urbana. El rey no sólo era el jefe de sus principales lugartenientes; gobernaba a todo el pueblo directamente en su territorio, aunque no en todos aspectos. Si sus vasallos deseaban ejercer su derecho feudal de resistencia contra él, el rey podía

llamar a toda la población en demanda de apoyo militar, y podía invocar no sólo las sanciones penales feudales, sino también las reales, que incluían destrucción de castillos, multas en dinero, cárcel y proscripción.[12]

El dominio centralizado de la monarquía siciliana sobre la nobleza feudal se refleja en el sistema de servicio militar y particularmente en la emisión de un registro escrito de los deberes fijos que incluía el servicio de un caballero. El *Catalogus Baronum,* emitido por Rogerio II, establecía el número de caballeros armados que cada barón había de poner al servicio del rey. Sin embargo, éste era el número mínimo, y en caso de necesidad la Corona podía exigir los servicios militares de toda la nación. Al parecer, también se aprobó una conmutación del servicio del rey por un pago en dinero.[13] El *Catálogo de barones* siciliano muy probablemente sirvió de modelo a las investigaciones inglesas y normandas sobre el servicio que tenían que prestar los caballeros, de 1166 y 1172, respectivamente, y al registro de multas *(scripta de feodis)* del rey Felipe *Augusto* de Francia.

Otro ejemplo del dominio central de la monarquía siciliana sobre la aristocracia feudal fue la práctica de reservar la lealtad feudal al rey en todo juramento mutuo de lealtad entre un vasallo y su señor. Un ejemplo más fue el mantenimiento del poder real de consentimiento en la boda de un vasallo o subvasallo, poder que las más de las veces era ejercido indirectamente como medida fiscal pero que, en ocasiones, también se podía ejercer directamente como medida política. Ambos ejemplos tienen paralelos en la Inglaterra del siglo XII, donde también se ejercía un similar control real sobre la aristocracia feudal por medio de una cancillería, una tesorería, jueces reales itinerantes, alguaciles mayores, servicio de caballeros y el poder, en reserva, de conscripción militar de todo el pueblo *(fyrd).*

Sin embargo, en marcado contraste con Inglaterra así como con los otros países de Europa, los reyes normandos de la Sicilia meridional no se consideraban sujetos a la ley (y en ello prototipos, al menos, de los monarcas constitucionales), sino que, por lo contrario, se les veía como autócratas y hasta tiranos. En esto acaso hayan hecho su contribución también los modelos bizantino y árabe. Gobernando la Iglesia, como los emperadores bizantinos, los reyes normandos eran los sumos sacerdotes de su reino. Un mosaico del siglo XII, de la iglesia de Martorana en Palermo, muestra al rey Rogerio II recibiendo la corona directamente de manos de Cristo, sin intermediación de papa o de arzobispo, y un mosaico similar de la catedral de Monreale muestra a su hijo Guillermo II recibiendo, asimismo, su corona directamente de Cristo. Además, no había ciudades libres en el reino normando de Sicilia; es decir, las ciudades eran gobernadas por delegados de la Corona, y aunque hubiese privilegios urbanos, siempre estaban subordinadas a la voluntad real. Por último, el rey no era el principal barón de una jerarquía feudal, sino directamente señor de todos los subvasallos y, de hecho, de todos los habitantes de su territorio. En estos aspectos era un autócrata, sin limitaciones a su jurisdicción.

El rey era, además, un tirano en el sentido de que no había freno legal, en teoría o en práctica, a su poder de actuar arbitraria y despóticamente. Su autoridad era absoluta en el sentido técnico de la palabra; es decir, estaba "absuelto" de la ley. Los reyes normandos de la Italia meridional generalmente preferían gobernar ateniéndose a la ley, y hasta un grado considerable se vieron obligados a gobernar según la ley para poder controlar a sus súbditos, pero ellos mismos se consideraban por encima de la ley. De hecho, no vacilaban en entregarse a bárbaras crueldades, no sólo contra quienes se les oponían, sino también contra quienes no se les oponían. Les complacía inspirar hasta entre sus partidarios no sólo un temor reverencial, sino también el terror.

La experiencia del reino normando de Sicilia desafía la opinión convencional de que los modernos conceptos occidentales de legalidad se originaron en componendas entre las necesidades y la política de monarquías fuertes, por una parte, y las tradiciones e intereses de anteriores comunidades políticas feudales y locales, por la otra. La historia de Sicilia muestra, por lo contrario, que fue posible que un sistema muy avanzado de derecho real, que imbuyó al país de arriba abajo, coexistiera con el poder despótico del gobernante. Pueden verse notables similitudes entre los sistemas de derecho real en Inglaterra y en Sicilia en el siglo XII: en ambos, la monarquía estableció lazos con el total de la nación y, al formar un sistema jurídico central que llegaba a todo el pueblo, logró confinar los intereses especiales de la aristocracia feudal. Y, sin embargo, en Inglaterra, como ha dicho Mitteis, "el derecho real siempre encontró sus límites en el sentido jurídico de la comunidad".[14] En el Sur de Italia nunca había habido una robusta tradición de derecho consuetudinario tribal (de clan) y regional, como la que había existido en la Europa germánica y franca. Tal vez la debilidad del sentido jurídico de la comunidad llevara a sus gobernantes a cometer excesos; acaso su pretensión de autoridad ilimitada debilitara más aún ese sentido jurídico. Una explicación más sencilla, pero no improcedente, es que en Inglaterra, como en todos los demás países de Occidente *excepto* Sicilia, la Iglesia de Roma era lo bastante fuerte para limitar de manera considerable el poder y la autoridad de la monarquía.

La personalidad de Rogerio II

Al tratar de descubrir las causas del desarrollo jurídico, nos damos cuenta de que las personalidades individuales pueden desempeñar un papel importante, sobre todo en tiempos de rápidos cambios jurídicos, y, sin embargo, suele ser muy difícil evaluar ese papel con algún grado de certeza. ¿Crean las épocas al hombre, o el hombre a las épocas? Claramente, Rogerio II era el hombre apropiado para el momento. Nacido en diciembre de 1095, Rogerio tenía nueve años cuando murió su padre, el gran conde

Rogerio I, en 1105. Su madre, Adelaida, italiana del norte, tercera esposa del gran conde, gobernó como regente con la ayuda de ministros sicilianos de extracción griega o árabe. En 1112 Rogerio, de 16 y medio años, fue considerado lo bastante maduro para gobernar en su propio nombre. Criado en la ciudad de Palermo —predominantemente árabe—, rodeado por tutores, secretarios y funcionarios musulmanes y griegos, conocía la geografía, las matemáticas y la ciencia más avanzadas de su época, el arte y la música bizantinos y normandos y la poesía y filosofía de Oriente y Occidente.

Tanto durante la regencia como en los primeros decenios de su propio reinado hubo frecuentes revueltas de barones. Rogerio fue un guerrero resuelto y triunfante, pero no le entusiasmaba la guerra. No se le habían enseñado las virtudes y los valores feudales. Antes bien, lo habían educado para ejercer el poder absoluto del tipo antes detentado por los emperadores romanos de Bizancio y, en su época, por el sultán de Egipto. Según los cronistas de su época, Rogerio codiciaba el poder y la gloria, pero prefería conquistarlos y mantenerlos más por la diplomacia y la intriga que por la guerra. Se le ha descrito como inteligente, astuto, paciente, a veces feroz, a veces generoso, combinando la tolerancia ilustrada con la más terrible crueldad. Cuando decidió vengarse de los barones rebeldes no vaciló en arrasar ciudades y acabar con todo hombre, mujer y niño que quedara en ellas. Y, sin embargo, prefería, con mucho, la ciencia y la filosofía, la música y el arte, el despliegue y la ostentación de la vida cortesana y los placeres de su harén.

¿Había algo en la personalidad de Rogerio que lo atrajera al derecho? Podemos suponer que lo vio como clave del poder y la gloria y, a la vez, como medio pacífico de gobernar su reino políglota. Tampoco cabe duda de que su ambición de ser como los emperadores romanos de Oriente lo llevó a emularlos, asimismo, promulgando leyes. Además, ante sus ojos tenía otros ejemplos: el ejemplo del papado, que a la sazón estaba promoviendo el rápido desarrollo de un nuevo cuerpo de derecho canónico, y el ejemplo muy anterior del reino lombardo, que antes de su desintegración había tenido un "código" escrito de derecho consuetudinario, el *Liber Papiensis.*[15] Algunos rasgos del derecho romano y del derecho lombardo sobrevivían en el reino de Rogerio y, allí desde luego, era aplicable el derecho canónico —al menos teóricamente— como por toda Europa. Además, la flaqueza misma del derecho canónico, el lombardo, el romano y los otros tipos de derecho que había en el sur de Italia —ante todo, la ausencia misma de una fuerte tradición de derecho consuetudinario— intensificaron el desafío de crear un nuevo sistema de derecho real.

Estas razones para crear semejante sistema existieron aparte de la propia personalidad de Rogerio II. Desde luego, para responder a esa necesidad se requería de un gobernante con inteligencia, ambición, poder y virtudes similares. Y, sin embargo, Rogerio no se limitó a cumplir con una misión histórica prexistente. Añadió un elemento nuevo, más fácil de describir que de calificar: a partir del universo jurídico, forjó una jurisdicción separada, la del rey de Sicilia en cuestiones de alta justicia, y luego definió esa jurisdicción decretando un conjunto de principios y reglas entrelazados que crearon un cuerpo de derecho unificado y capaz de desarrollarse. Estableció una serie de principios interrelacionados que implantaban y justificaban la jurisdicción real de un cierto tipo. Nadie había hecho eso antes que él.

La realización de Rogerio, que quedó plasmada en las Sesiones de Ariano (1140) estuvo directamente relacionada con su personalidad y su carácter, y especialmente con la combinación de sus cualidades normandas, bizantinas y posiblemente árabes. Max Hofmann ha llamado a Rogerio, con razón, el "primer príncipe moderno", quien "fundó la primera monarquía absoluta en Europa occidental".[16] Pero Rogerio no se limitó a eso. Fundó el primer sistema moderno de derecho real. Unió a un pueblo políglota del carácter más diverso, que antes sólo había tenido la más tenue tradición del derecho, en un cuerpo unificado y creciente de reglas y procedimientos legales aplicables en los tribunales del rey. Su legislación no fue toda la ley aplicable a sus súbditos, y ni siquiera toda la ley real; pero en la parte considerable del derecho real que cubrió lo hizo sistemáticamente y con base en principios. No intentó reducir toda la complejidad y el desorden de la vida a un sistema o un conjunto de principios, sino que, antes bien, de esa complejidad y ese desorden sacó un área particular, o jurisdicción, a la que podía ponerse un orden inteligente y coherente, haciendo más tolerable el caos circundante.

El sistema jurídico normando

El hecho de que los reyes normandos de la Italia meridional utilizaran el derecho para gobernar impuso ciertos límites prácticos a su propio poder y a su autoridad.

En contraste con los reyes germánicos de un periodo anterior, que fueron jueces pero no legisladores, los gobernantes normandos del siglo XII y en adelante consideraron que una parte del oficio de rey consistía en hacer leyes nuevas. Rogerio II declaró que el rey era "hacedor de leyes" *(conditor legum).* De hecho, Rogerio promulgó el primer código moderno de derecho real en la historia de Occidente, las Sesiones de Ariano. A éste se le ha llamado un código moderno, el primero de su clase en Occidente, porque no pretendía ser tan sólo una colección de reglas y principios, sino una presentación sistemática de los rasgos considerados básicos del sistema jurídico. Además, se le presentó como derecho positivo, aplicado por el rey como legislador. Desde luego, se basó en el derecho consuetudinario, el natural y el divino, y fundió muchos y diversos rasgos de las tradiciones jurídicas bizantina, musulmana, lombarda, normanda y romano-canónica,

pero modificó esas fuentes, dándoles la forma de un nuevo y generalizado acto legislativo.

Las Sesiones de Ariano consisten en un preámbulo y 44 artículos numerados, muchos de los cuales comprenden varios párrafos. Se supone que el texto fue escrito por el propio rey. En él no se menciona la asamblea de dignatarios de Ariano en que se adoptaron las Sesiones. El preámbulo declara que

> dado que Dios en su misericordia ha... restaurado la paz [y] reformado la integridad del reino... Nosotros [el rey] nos vemos obligados a reformar también los caminos de la justicia y la misericordia donde vemos que ha sido miserablemente deformada... No se hace por orgullo, como si afirmáramos, por nuestras vigilias, ser más justos o más moderados que nuestros predecesores al proclamar leyes e interpretarlas, sino porque... la propia misericordia nos ha instruido, diciendo: Sed misericordiosos como vuestro padre es misericordioso.

Aquí, dos puntos son de especial importancia: se dan las órdenes para reformar los caminos de la justicia y la piedad, y el papel del rey consiste en proclamar leyes e interpretarlas.

El artículo 1 (técnicamente, a los artículos se les llama "Sesiones") lleva por título "Con respecto a la interpretación de las leyes". Dice: "Ordenamos que las leyes recién promulgadas por nuestra majestad sean observadas por todos en general, suavizando una excesiva severidad por el sentimiento de piedad, dando flexibilidad a lo rígido mediante cierta moderación, aclarando lo que sea oscuro". Así, se reconoce que el texto necesariamente contiene ambigüedades y quedará sujeto a interpretación.

El artículo 2 lleva por título "Sobre el privilegio de las iglesias santas", y afirma que el rey protegerá las iglesias y las conservará invioladas. Tiene interés el hecho de que, en todas las Sesiones, "iglesia" está siempre en plural y, además, no se menciona ninguna independencia eclesiástica ante la Corona o ninguna subordinación del clero a la autoridad papal. Los derechos de las iglesias se enumeran en los artículos 5 a 16, tratando de cuestiones como la venta de reliquias, el derecho de protección en un santuario, la jurisdicción real sobre los casos de profanación de iglesias, el privilegio de los obispos de no dar testimonio salvo en ciertos asuntos y de los sacerdotes de no dar juramento, la prohibición de los conventículos ilegales (culto a domicilio), la prohibición de la compra y venta de cargos clericales y similares.

Los artículos 17 a 21 tratan de delitos graves contra la Corona, incluyendo el de disputar sobre los juicios del rey, las conspiraciones contra él, la falsificación de documentos reales y la falsificación de moneda. El artículo 22 trata del procedimiento inquisitorial que se aplicará en casos de "falsía", que luego quedan definidos en los artículos 22 a 26, incluyendo emitir falsos documentos, dar falso testimonio, obstaculizar la redacción de testamentos, la toma de fondos públicos por funcionarios y jueces oficiales, y la pérdida o toma de bienes públicos a sabiendas o por negligencia.

El artículo 27 trata del derecho familiar (celebración de matrimonios), y los artículos 28 a 33 de delitos sexuales (adulterio, prostitución, proxenetismo, violación). El artículo 34 trata de la reconciliación en casos de insulto; esto es lo único que deberá arreglarse en privado. Según el artículo 35, las injurias son punibles de acuerdo con la posición de la persona injuriada. El artículo 36 declara que los médicos no podrán ejercer sin licencia del rey. (En realidad, se introdujo un sistema de examen para los médicos, el primero de esos sistemas en toda Europa.) Los artículos 38 a 43 tratan del secuestro (vender a una persona como esclava), del homicidio en defensa propia, de la no responsabilidad de niños y personas dementes, del homicidio por un ladrón en la noche, de incendio, de causar que se cometiera un delito (lo que, en sí mismo, no era punible) y de envenenamiento. El último artículo (el 44) trata de los castigos a un juez por pronunciar juicio injusto, fuese por dolo o por negligencia.[17]

Max Hofmann ha contrastado el carácter "estructurado" de las Sesiones de Ariano con el carácter "casuístico" del antiguo *Liber Papiensis* lombardo. Este último era mucho más largo, con cerca de mil puntos, y pretendía cubrir todo el derecho. Sin embargo, en palabras de Hofmann, "trata de regular cada situación *de facto* por separado, y rara vez establece principios". Es inconexo y lleno de lagunas y contradicciones". En contraste, las Sesiones de Ariano no pretenden abarcar todo el derecho. Y, sin embargo, "ninguna de sus cláusulas es imaginable salvo en relación con las demás... Más aún... en las áreas cubiertas, es suficientemente completa: es posible colmar las lagunas con una interpretación orientada por propósitos *(Zweckentsprechende)* de las leyes que se dan".

Añade Hofmann:

> Precisamente esta necesidad de interpretar las leyes antes de aplicarlas fortaleció la influencia del poder del Estado, ya que la interpretación no podía hacerla simplemente cualquiera, sino que ésta era, en principio, derecho del rey...[18] La justicia [se volvió] preocupación pública [que estaría] en manos de funcionarios especialmente preparados.[19]

Las leyes de Rogerio II establecieron claramente la supremacía real sobre la Iglesia, sobre la nobleza feudal, sobre las comunas urbanas y sobre el pueblo en general. La persecución de herejes fue confiada a la monarquía por derecho propio y no como ejecutora de una decisión de las autoridades eclesiásticas. El rey limitó severamente la jurisdicción de los tribunales feudales. Ninguna de las ciudades logró constituirse en ciudad libre; todas ellas quedaron a las órdenes de funcionarios nombrados por el rey. Toda la población quedaba directamente sometida a la autoridad real, y fue declarado punible como traición, *laesio maiestatis,* conspirar no sólo contra el rey, sino también contra cualquiera de sus altos funcionarios.

Sin embargo, la supremacía real no excluyó los derechos de los subordinados unos frente a otros, y aun (dentro de ciertos límites) ante la Corona. Con respecto a la Iglesia, los reyes normandos en general aceptaron la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, actuando según el derecho canónico, en casi todos los casos en que participaran clérigos, así como en los casos de ofensas espirituales de personas laicas, asuntos de familia, testamentos y cualquier disputa que ambas partes convinieran en someter a la jurisdicción eclesiástica. Desde luego, los propios tribunales eclesiásticos estaban por debajo del rey, como legado papal hereditario. Sin embargo, normalmente el rey aceptaría las decisiones e interpretaciones papales de la ley, y si no lo hacía, su decisión podía ser invertida por el papa. Los reyes normandos, pese a todas sus políticas cesaropapistas, no negaron —en teoría— la supremacía del papado en asuntos espirituales. Hasta el emperador Federico II, en una célebre epístola a los profesores y estudiantes de la Universidad de Bolonia en que afirmaba que el emperador es el vicario de Dios en la tierra en asuntos temporales, reafirmó que el papa es el vicario de Dios en la tierra para todos los asuntos espirituales.[20] De este modo, el dualismo de Iglesia y Estado tuvo importantes consecuencias constitucionales y jurídicas en el reino de Sicilia, como en todo Occidente, aunque en Sicilia la balanza se inclinara mucho más en favor del Estado que en ninguna otra parte.

Además de las limitaciones legales al poder y la autoridad reales impuestas por la doble jurisdicción de los tribunales eclesiásticos y los temporales, también había limitaciones impuestas por la doble jurisdicción, dentro de la esfera temporal, de los tribunales feudales y los reales. El rey limitaba severamente la jurisdicción feudal, particularmente asignando a los tribunales reales los casos de delitos graves cometidos por laicos, así como muchos tipos de disputas sobre la propiedad inmueble. No obstante, para delitos menores y para muchos tipos de cuestiones civiles, cada señor feudal tenía su propio tribunal, al que acudían y donde juzgaban sus vasallos. Esto significa que una gran parte del gobierno local —fuera de las ciudades— estaba en manos de los señores feudales, que gobernaban principalmente ateniéndose al derecho señorial.

Además, las relaciones entre señor y vasallo eran gobernadas por el derecho feudal, que también ejercía una influencia moderadora sobre el absolutismo real. En el siglo XI, los gobernantes normandos de la Italia meridional habían dividido las tierras conquistadas, entregándoselas a sus compatriotas normandos en calidad de feudos, desposeyendo a los anteriores terratenientes y creando una nueva aristocracia. Los más importantes de los nuevos terratenientes habían recibido sus feudos directamente del rey, como sus lugartenientes, con el deber de aportar un número especificado de jinetes para el servicio militar. Estaba permitida la subinfeudación, pero a los subinquilinos se les exigía, o bien que consiguieran a otros para el servicio militar, o bien que sirvieran ellos mismos. Se subrayaban enérgicamente los aspectos contractuales de esas relaciones. Suponíase que la cantidad de servicio que debían los aparceros a los señores quedaba claramente especificada de antemano en la concesión de un feudo. Se establecían cuidadosas distinciones entre varios tipos de obligaciones feudales. Los tribunales señoriales tenían competencia para resolver las disputas entre señores y vasallos. El propio tribunal real podía reunirse como tribunal feudal, y sus primeros aparceros se reunían como servidores *(suitors)*. En todo esto, la Sicilia normanda observó una pauta notablemente similar a la seguida por los gobernantes normandos en Inglaterra y Normandía. En Sicilia, el monarca dominaba a sus principales inquilinos —y también a sus subinquilinos— en mucho mayor grado que en Inglaterra; no obstante, el sistema feudal en el reino de Sicilia (especialmente en Apulia, donde la autoridad central se había establecido mucho más lentamente y donde había una multiplicidad de pequeños feudos), como el sistema feudal en Inglaterra y en Normandía o en Francia, Alemania y otras partes de Europa occidental, combinaba elementos centralizados y descentralizados, manteniéndolos unidos por medio de instituciones y procesos legales.

La autoridad judicial del rey era ejercida inmediatamente por su propia "gran corte" *(magna curia)*, que consistía en el propio rey y en los principales funcionarios de su casa, junto con varios dignatarios laicos y eclesiásticos. Sin embargo, también había habido jueces profesionales desde tiempos anteriores, heredados del gobierno bizantino. Rogerio II dio empleo a jueces profesionales ("justicieros") locales en las ciudades, y también introdujo jueces profesionales en la *curia* real. Los profesionales llegaron a desempeñar el papel predominante, y después de 1168, el papel exclusivo en la corte central del rey.[21] Rogerio II también introdujo justicieros profesionales en el nivel de las provincias; en el decenio de 1140, tales justicieros, muchos de ellos obispos y arzobispos, se encontraban en todas las grandes subdivisiones del reino. "Evidentemente, un grupo de jueces era asignado a una región particular, para toda una serie de años."[22] Tenían jurisdicción sobre los delitos graves, que incluían robo, allanamiento de morada, asalto en despoblado, violación, homicidio, duelo, calumnia e incendio. (Los delitos menores eran juzgados por funcionarios reales menores, los bailes.) Además, la competencia de los justicieros de provincia incluía las disputas civiles por tierras o *villeins* y las quejas respecto a las exacciones de oficiales reales. (Los bailes oían casos civiles no relacionados con tenencias de tierra.)

Charles Haskins afirma que

> no puede notarse ninguna diferencia entre las cuestiones que se presentaban a la *magna curia* y las que se presentaban a los jueces de provincia, por lo que parece probable que éstas fueran simplemente dos formas de la misma jurisdicción real. Pero, al parecer, la demanda se entregaba, para empezar, a la *magna curia*, y los jueces actuaban regularmente por virtud de un decreto real.[23]

El procedimiento de los diversos tribunales reales (centrales, provinciales, locales y urbanos) en la Italia normanda del siglo XII difería en los distintos tipos de casos. También mostraban vestigios de muchas tradiciones diferentes, como normanda, lombarda, bizantina y árabe. Bajo la influencia lombarda se empleaba a laicos locales como sabios para aconsejar al juez en cierto tipo de casos. También se empleaban las ordalías germánicas del fuego y el agua, así como la compurgación por doce "ayudantes de juramento", así como el normando juicio por combate. Sin embargo, bajo la influencia del nuevo procedimiento romano-canónico del siglo XII y de la nueva ciencia jurídica escolástica, Rogerio II también introdujo un procedimiento inquisitorial en que el juez interrogaba a dos testigos (incluso, a testigos no presentados por las partes) y examinaba los testimonios escritos. El artículo 22 de las Sesiones de Ariano prescribía que "una diligente inquisición examinara los argumentos, los testigos, los testimonios escritos y otros indicadores de la verdad", y que el juez no sólo debía respetar los testimonios presentados por el acusador, sino que también "debía estar en medio entre cada persona, de modo que sólo pronunciara juicio de acuerdo con todo testimonio competente cuidadosamente sopesado". Éste es un muy temprano ejemplo de la introducción de un sistema de prueba racional en los tribunales reales de Europa.

Desde luego, también en los tiempos carolingios se había empleado la prueba por investigación o inquisición, pero en forma mucho más primitiva, y la prueba de los hechos en un círculo mucho más reducido de casos, y nada más en el tribunal del propio rey o en los tribunales de dignatarios eclesiásticos o nobles especialmente designados. Por contraste, las Sesiones de Ariano establecían un procedimiento mucho más elaborado, el cual cubría una considerable variedad de casos en todos los tribunales que tuviesen jurisdicción sobre ellos; además, el procedimiento no sólo se utilizaba en la etapa de probar los elementos del delito, sino también, en casos penales, en la etapa de acusación, para descubrir al probable delincuente.[24]

El desarrollo del derecho real en la Italia normanda

En el siglo y medio transcurrido aproximadamente desde el ascenso del rey Rogerio II en 1112 hasta la muerte de su nieto Federico en 1250, los soberanos de la Italia meridional se encontraron entre los gobernantes seculares más poderosos, ricos y cultos de Europa occidental. Su triunfo en estos aspectos se debió, en parte considerable, al genio de sus instituciones gubernamentales y jurídicas. Desde luego, era un genio autocrático. El rey permanecía por encima de la ley, no sólo en la práctica, sino aun en la teoría. En la Sicilia normanda no había una doctrina similar a la que después se llamaría en Inglaterra "la soberanía del derecho" y en Alemania el *Rechstsstaat*. Sin embargo, había una sólida creencia en el gobierno *por* el derecho. A mayor abundamiento, creíase que la ley por la cual gobernaba

el autócrata tenía la función de mantener no sólo el orden, sino la justicia; y, además, se le concebía como un sistema en continuo desarrollo, que iría creciendo con el tiempo. Los sucesores de Rogerio edificaron sobre los fundamentos que él había echado, proclamando periódicamente nuevas leyes para hacer frente a nuevas circunstancias, mientras mantenían los principios fundamentales del sistema en general.

Federico, quien heredó el trono de Sicilia en 1197 a los tres años y empezó a gobernar en 1208 a la edad de 14, completó el proceso de centralización y burocratización de la autoridad estatal que había iniciado su abuelo materno, Rogerio. (Su abuelo paterno era el emperador Federico *Barbarroja*, y su padre era el emperador Enrique VI; él mismo fue coronado emperador Federico II en 1220.) Entre las reformas de Federico II se contaron la confiscación de todos los castillos de su reino en la Italia meridional, tanto en la isla de Sicilia como en el continente, y su transformación de fortalezas y residencias privadas en fuertes del gobierno administrados por un departamento de la defensa y ocupados por pequeñas guarniciones.[25] Introdujo a todos los funcionarios gubernamentales en un servicio civil real, pagándoles sus salarios así como otros costos del gobierno real a base de lo obtenido como impuestos, peajes y monopolios reales. Fundó la Universidad de Nápoles, con el propósito declarado de preparar funcionarios para el gobierno. Puso en vigor una legislación amplia y extendió el alcance del poder judicial para aplicarla.

Federico II fue llamado por sus contemporáneos europeos *immutator mundi* ("transformador del mundo") y *stupor mundi* ("asombro del mundo"). Fue, en realidad, un hombre de extraordinario dinamismo y formidables capacidades, probablemente uno de los más talentosos que jamás hayan existido. Además de ser un espléndido caudillo militar, estadista y legislador, fue un hábil científico especializado en los campos de las matemáticas, la anatomía y la zoología; también fue pensador especulativo, arquitecto y poeta que escribió canciones de amor en italiano vernáculo dos generaciones antes que Dante, y autor del que, según fama, es el libro más autorizado jamás escrito sobre su especialidad, *El arte de la cetrería*. Se dice que no sólo hablaba italiano, sino también francés, alemán, árabe, latín y griego. Sin embargo, estas refinadas cualidades se combinaban con una crueldad y una barbarie que no sólo practicaba contra sus enemigos, sino también contra inocentes, a veces tan sólo por satisfacer su curiosidad científica. La crueldad de Federico también se manifestó en su sed de poder y en la creencia de haber sido elegido para gobernante absoluto de la cristiandad.

En un grado u otro, muchas de estas cualidades encontradas se reflejaron en su codificación de la ley del reino de Sicilia, promulgada en 1231, a la que llamó Leyes Augustales *(leges augustales,* o *constitutiones augustales)*. En tiempos modernos se le ha llamado generalmente el *Liber Augustalis* (Libro Augustal) y a veces las *Constituciones de Melfi*.

El *Liber Augustalis* es una codificación mucho más completa y sistemática que las Sesiones de Ariano. Contiene 253 artículos (llamados "títulos") y ocupa cerca de 150 páginas en una moderna traducción impresa.[26] Está dividido en un preámbulo y tres "libros", el primero de los cuales está dedicado básicamente a cuestiones de orden público, incluyendo derecho penal sustantivo, administración de la justicia y procedimientos civiles anteriores al proceso, el segundo básicamente a procedimientos civiles y penales, y el tercero fundamentalmente a derecho civil sustantivo, incluyendo derecho de propiedades real y feudal, y a delitos misceláneos. Todo pretendía ser un "espejo de perfección para todo el que mire allí, envidia de todo príncipe, modelo de todo reino".[27] Y, sin embargo, también pretendía estar —y estaba— arraigado en las circunstancias históricas del reino siciliano y destinado a satisfacer las necesidades prácticas del gobierno.

El concepto occidental del derecho como un cuerpo en desarrollo orgánico se refleja en el hecho de que el *Liber Augustalis* incluía 62 artículos expresamente atribuidos a los principales predecesores de Federico en el trono siciliano: Rogerio II, Guillermo I y Guillermo II. Además, sería complementado más adelante por nuevos decretos de Federico II, añadidos bajo el rubro de "Novelas".

Un ejemplo del modo en que el *Liber Augustalis* edificó sobre los fundamentos de una anterior legislación se encuentra en dos de sus cláusulas con respecto a la situación jurídica de las mujeres. El primero es una ley atribuida al rey Rogerio, la cual declara: "Decretamos la igualdad de las leyes para las mujeres que han sido perjudicadas por la debilidad de su sexo, ordenando que sean ayudadas por nosotros así como por nuestros funcionarios en toda su capacidad, como es decente y necesario" (libro 2, título 41). Esto va seguido por una ley, mucho más extensa, del emperador Federico, la cual comienza con estas palabras: "Para aclarar la oscuridad de la ley que el divino rey Rogerio, nuestro abuelo, promulgó acerca de la restitución de la condición legal para las mujeres, ordenamos..." La nueva ley pasa a establecer entonces una distinción entre el daño a mujeres por negligencia o dolo de sus tutores o abogados, y las pérdidas sufridas por mujeres que estuvieron debidamente representadas y que no se debieron a su debilidad de mujeres. También enumera tipos específicos de casos en que se debe proteger a las mujeres contra las consecuencias de actos ilegales cometidos por ellas "por ignorancia de la ley" o "por ignorancia debida a la debilidad de su sexo" (libro 1, título 44).

Otro ejemplo de continuidad y desarrollo es la reproducción de una muy breve ley del rey Rogerio que prohibía a los nobles, tanto seglares como clérigos, enajenar o disminuir la propiedad real o los derechos reales (libro 3, título 1), seguida por una ley de Federico que empieza así:

> Para ampliar la constitución emitida por nuestro abuelo, el rey Rogerio, de divina memoria, acerca de la prohibida disminución de los feudos y la propiedad feudal, ordenamos que todas las enajenaciones y contratos de cualquier índole que disminuyan o alteren los feudos o la propiedad feudal carecerán de validez, a menos que sean confirmados por la licencia especial de nuestras altezas.

La ley de Federico pasa a decir que no tendrán validez los juramentos o penitencias insertados en tales contratos, y que serán inválidos los juicios dictados por cualquiera que no sea un "justiciero", basados en compromisos o negociaciones de tales cosas. Sin embargo, se hace una excepción para los barones y caballeros por cuestiones de herencias, siempre que no disminuyan las rentas y los servicios debidos según la antigua costumbre (libro 3, título 5).

Un tercer ejemplo del desarrollo del derecho reflejado en el *Liber Augustalis* se refiere a las licencias otorgadas a los médicos. Una ley del rey Rogerio establecía que nadie podía ejercer la medicina sin haber pasado un examen ante funcionarios y jueces reales, "de modo que los súbditos de nuestro reino no sirvan de experimento a médicos inexpertos" (libro 3, título 44). Además exigía Federico que el candidato a médico fuese "aprobado en un examen público concertado por los Maestros de [la universidad de] Salerno", y, además, que deberá presentar certificados de honorabilidad y de conocimiento suficiente, tanto de los maestros como de otras personas nombradas por el rey, y que obtendría una "licencia para curar" del rey o, en su ausencia, de la persona que esté gobernando en lugar del rey. El castigo por violación de esta ley era confiscación de bienes y un año de prisión.

Además de reflejar el concepto occidental del derecho como cuerpo en expansión, como sistema en desarrollo, de principios, reglas, procedimientos e instituciones, el *Liber Augustalis* también reflejó el concepto occidental del derecho como unidad compleja basada en síntesis y reconciliación de elementos opuestos. Fue redactado por hombres experimentados en la ciencia jurídica escolástica de Bolonia. El texto mismo menciona el hecho de que las leyes que contiene fueron "compiladas por Master Petrus della Vigna de Capua, juez de nuestro gran tribunal", de quien se sabe que estudió en Bolonia y fue protegido del arzobispo Jacobo de Capua, profesor, él mismo, en Bolonia. Muchos de los términos y las doctrinas jurídicos se derivan de los textos de Justiniano, glosados y comentados por la jurisprudencia contemporánea.

> Y, sin embargo, sería grave error [ha dicho James M. Powell] considerar el *Liber Augustalis* como una simple adaptación del derecho justiniano. A decir verdad, la manera de la compilación sugiere que esto no fue así. Su enfoque consistió en buscar la ley a partir de los *viri antiquores* del reino, así como de las prácticas del tribunal. Como lo ponen en claro las constituciones, la tarea de los compiladores fue descubrir el derecho común del reino y transformarlo en un derecho real... Pero si semejante ley no existía para todo el reino, como en realidad ocurrió, entonces la tarea consistía en crearla.[28]

En el texto mismo aparece la expresión "derecho común" para referirse al derecho romano y, a la vez, al derecho lombardo. Además, como lo señala Powell, las tradiciones del derecho normando y el derecho canónico eran fuentes en que pudo basarse el compilador del *Liber Augustalis*. Sin embargo, ante todo fue

> movido por el espíritu del escolasticismo que imbuía la vida intelectual de la época al resolver diferencias dentro de la existente tradición legal del regno, y al destilar su conocimiento jurídico y el de sus asociados, probablemente hombres prácticos de los tribunales, en un cuerpo unificado de derecho... La fuerza activa que moldeó este *corpus* brotó de las necesidades políticas prácticas y del conflicto social interno al que se enfrentaba la monarquía siciliana.[29]

Una importante necesidad política de la monarquía siciliana consistía en dar expresión legal al gran aumento del poder real ocurrido para 1231. El *Liber Augustalis* se aparta del espíritu y la teoría de la Revolución papal al presentar al rey como persona de autoridad ilimitada. El preámbulo declara que "los príncipes de las naciones" son "jueces de vida y muerte para la humanidad" y "ejecutores en cierto modo de la Divina Providencia", con el poder de "decidir... cómo cada hombre tendrá fortuna, propiedades y *status*". También afirma que los príncipes "dan cuentas" a Dios —la implicación es: directamente a Dios— por su defensa de la Santa Iglesia. En otra parte declara Federico: "Así como Dios Padre se manifiesta por medio de Cristo, así la justicia se manifiesta por medio del emperador. Así como Cristo ha fundado su Iglesia, así el emperador ha fundado su imperio".[30] Según este concepto, la Iglesia, en la medida en que es visible e institucional, se encuentra dentro del Imperio, y todo el poder temporal de la Iglesia está subordinado al emperador. Federico no sólo desafió el poder temporal del papado, sino que lo combatió con la fuerza de las armas. En 1228 lanzó su propia cruzada, desatendiendo órdenes papales, y después de tomar Jerusalén retornó para derrotar a un ejército papal que en su ausencia había invadido su reino del sur de Italia. También combatió la autoridad papal en las ciudades del norte de Italia de las cuales era emperador. En 1245 el papa Inocencio IV lo declaró formalmente "rechazado por Dios", lo depuso de la autoridad imperial y lo proscribió.

No obstante, pese a la afirmación de su absoluta autoridad real, la legislación de Federico reconoció la continua autonomía del derecho feudal y del derecho eclesiástico, aunque no del derecho urbano.

Con respecto al derecho feudal, declaraba el *Liber Augustalis:* "Para que se reserve el honor completo a los... condes, barones y otros caballeros, reservamos su juicio a sus pares". Condes y barones serían juzgados "de acuerdo con nuestros sacros decretos o, a falta de ellos, de acuerdo con las costumbres aprobadas del reino" (libro 1, título 47). Se imponían castigos más severos por delitos perpetrados contra nobles por no nobles, y se daba mayor peso al juramento de un noble en los juicios por deudas (libro 1, título 101). Además, los derechos de dote para las esposas quedaban protegidos contra sus superiores en la jerarquía feudal (libro 3, título 16). Se podría exigir ayuda a los vasallos para pagar el rescate de su señor, para la ceremonia de armar caballero a un hijo de su señor, para la boda de sus hermanas e hijas, y también cuando comprara tierras para servir a su rey o a su ejército (libro 3, título 20). Un señor estaba autorizado a desposeer a un vasallo que se negara a dar prenda o a responder por él en procesos legales, o que cometiera una felonía contra él, sus hijos o su esposa; y

> en el caso contrario, si un señor no está dispuesto a dar prenda por su vasallo que ha sido acusado en el tribunal por cuestión criminal que no concierna a la majestad real, o si lo azota sin causa, o si comete adulterio con su mujer, o si viola a su hija contra su voluntad, el señor perderá su homenaje y el hombre mencionado pertenecerá directamente a nuestro tribunal [libro 3, título 19].

Con respecto a la Iglesia, el *Liber Augustalis* conservaba la ley promulgada por el rey Guillermo II, que establecía un amplio derecho al clero. Prescribía que

> si algún clérigo de todo nuestro reino fuese acusado de algo hecho abiertamente por lo cual una persona deba ser juzgada y condenada, será juzgado no por nos ni por nuestro tribunal, sino por la Iglesia y en el tribunal de la Iglesia... Asimismo, deberá ser condenado de acuerdo con los cánones y el derecho eclesiásticos, a menos que alguien lo haya acusado de traición o de otro delito grave que corresponda... a nuestro tribunal [libro 1, título 45].

Asimismo, los procesos civiles contra clérigos relacionados con tierras de la Iglesia ocupadas por ellos sólo podrían ser resueltos en tribunales eclesiásticos; sin embargo, los procesos contra clérigos por tierras que no fuesen de la Iglesia serían juzgados en el tribunal de aquel de quien fuesen las tierras (libro 1, título 68).

Otra ley del rey Guillermo II tocante al clero que fue retenida en el *Liber Augustalis* decretaba que sólo se impediría ser clérigos a aquellos villanos que estuviesen en la servidumbre personal, pero que "si cualesquiera que deban servicio por razón de una tenencia o un beneficio deseen ser clérigos, podrán hacerlo aun sin la autorización de sus señores después de haber renunciado a lo que tenían en sus manos, recibido de los señores" (libro 3, título 3).

Sólo en pocos lugares del *Liber Augustalis* se hace referencia al derecho urbano, y entonces principalmente en términos negativos. Los poblados (comunas) que nombraran *podestàs,* cónsules u otros funcionarios por autoridad de alguna costumbre o por elección del pueblo, "sufrirán perpetua desolación, y todos los hombres de esa ciudad serán conservados como trabajadores forzados perpetuos... [y] cualquiera que haya recibido alguno de los cargos mencionados será castigado con la muerte" (libro 1, título

50). También se declaraban inválidos y nulos cualesquiera privilegios concedidos a Mesina, Nápoles, Aversa, Salerno y otras ciudades, así como las costumbres observadas en tales lugares por las cuales se permitía a sus residentes eludir la jurisdicción de los tribunales reales centrales o regionales (libro 1, título 106). Además, toda comuna que fuese demandada había de responder o sería punible con multa por contumacia (libro 1, título 107).

Al prohibir el establecimiento de un gobierno municipal autónomo, el *Liber Augustalis* declaraba: "Deseamos que por todo el reino sólo haya aquellos funcionarios establecidos por nuestra majestad o por orden nuestra: justicieros, chambelanes, bailes y jueces" (libro 1, título 50). De esta lista, todos eran jueces salvo el chambelán, pero también éste, aunque básicamente funcionario de finanzas, tenía ciertos deberes judiciales. De hecho, el establecimiento de un gobierno real centralizado estaba directamente conectado en la Sicilia normanda, como en otras partes de Europa en los siglos XII y XIII, con la expansión del oficio judicial así como con la racionalización de la maquinaria financiera central. Aquí, Federico estaba edificando sobre lo que Rogerio había comenzado y que gobernantes intermedios habían continuado.

El libro 1 del *Liber Augustalis,* dedicado principalmente al orden público, comienza (título 1) con una denuncia de la herejía, a la que tipifica como "crimen público" comparable a la traición. Por alguna razón, la traición no es tema de un artículo especial. Tan sólo se le llama aún "más horrible [que la herejía] porque se reconoce que alguien ha intentado hacer daño a la majestad divina". Esta comparación va más lejos en el título 4, que declara crimen "comparable al sacrilegio" el "disputar acerca de... las decisiones, hechos, constituciones [y] planes [del rey], y sobre si es digno aquel a quien el rey ha escogido". (Ésta era una ley del rey Rogerio, transmitida por sus sucesores.)

Los otros delitos sobre los que trata el libro 1 son los de violencia y los cometidos por funcionarios reales o en contra de ellos. Se insistía en que las víctimas recurrieran a los tribunales en lugar de buscar hacerse justicia por sí mismas. Se concedía un derecho de defensa propia, pero se le debía ejercer inmediatamente y en forma proporcional al ataque. Asimismo, se podía matar a un asaltante nocturno siempre y cuando se alzase al mismo tiempo un "clamor" contra él. De otra manera, el derecho de defensa propia, "concedido por las leyes de las naciones", se debería ejercer mediante acusación en el tribunal, ya fuera por parte de la víctima o por la autoridad pública.

Quedaba prohibido llevar armas punzocortantes (de las que se ofrece una lista) o llevar cota de malla, salvo los oficiales, que podían llevar tales armas de ida y vuelta de la corte del rey; y los caballeros y lugareños podían llevar espada al salir, por negocios, de la localidad en que vivían. Atacar a una persona con arma prohibida era penado con pérdida de una mano. El asesinato era castigado con la muerte por la espada si el asesino

era un caballero o un personaje de categoría, o por la horca cuando tenía categoría inferior a la de caballero. La infancia y la demencia eran circunstancias atenuantes. La desposesión violenta de tierra o de otros bienes inmuebles causaba una multa de la mitad del valor de la propiedad; en caso de bienes muebles, cuatro veces su valor. La persona despojada podía incoar juicio contra la persona inocente a la que se transfirió la propiedad.

Las personas que habían sufrido pérdidas por robo o engaño o por fuerza tenían derecho a la restitución de sus pérdidas; si no se podía descubrir a los perpetradores, "o si, como tan a menudo ocurre, son ocultados por los habitantes del área", la restitución la harían los "hombres de la misma área en que se cometió el delito". Esta ley se proponía, en parte, proteger a los judíos y los sarracenos, "contra quienes creemos que la persecución de los cristianos de momento es excesiva". Se decía que se podía aplicar la tortura como medida excepcional para obtener información respecto al ocultamiento de los perpetradores de tales crímenes (libro 1, título 27). (Éste es el único párrafo del *Liber Augustalis* en que se menciona la tortura.)

La malversación de fondos públicos por funcionarios reales o jueces era punible con la muerte; el descuido, la pérdida o disminución de bienes públicos por un funcionario se castigaría con penas menores "a discreción de la clemencia real" (libro 1, título 36, ley del rey Rogerio).

Los siguientes rasgos importantes del sistema siciliano de administración de justicia se reflejan en el libro 1 del *Liber Augustalis.*

1. Los jueces tenían jurisdicción sobre asaltos, robos, destrucción de casas, insultos intencionales, incendios, derribo de árboles frutales y de viñas, ataques a mujeres, duelos, crímenes y traición, armas punzocortantes, "y en general todos los crímenes por los que la persona convicta pueda sufrir la pena de muerte o de mutilación". También tenían jurisdicción en los casos civiles en que chambelanes y bailes o señores feudales no hubiesen hecho justicia. Sin embargo, algunos de los más importantes casos penales y civiles quedaban reservados al tribunal del propio rey (título 44).

2. Los jueces recibirían un salario del tribunal del rey y no aceptarían nada de los litigantes durante los procedimientos, "salvo una vez para comida y bebida para ellos o para otros". Sin embargo, una vez decidido el caso, los jueces recibirían de ambos litigantes una trigésima parte de la cantidad en juego o del valor estimado de la propiedad en cuestión. También había circunstancias en que, en lugar de una trigésima, o además de una trigésima, recibirían una centésima o una sesentésima parte (título 73).

3. Sólo las personas examinadas por jueces del tribunal del rey y aprobadas por el rey estaban autorizadas a litigar como abogados en ese tribunal. Asimismo, se requería que los abogados pasaran un examen y fuesen aprobados por "justicieros" regionales (título 83).

4. Los "justicieros" debían jurar "que con Dios y la justicia ante sus ojos, harán justicia sin dolo a cada demandante y tratarán de expeditar a los liti-

gantes lo más pronto posible" (título 46). Los chambelanes y bailes debían prestar juramentos mucho más detallados (título 62).

5. En todos los tribunales se pedía que los abogados *(advocati),* antes de ser admitidos y una vez al año, pronunciaran el siguiente juramento de su cargo ante los jueces:

> Tendrán cuidado de ayudar a las partes cuya defensa acepten con toda confianza y verdad y sin ningún subterfugio. No les instruirán de los hechos del caso. No harán alegatos en contra de su verdadero conocimiento, ni aceptarán casos irremediables. Si aceptan casos que tal vez estén deformados por mentiras de una de las partes, que al principio les parezcan justos, o que en el curso del juicio o de los hechos o de la ley les parezcan injustos, dejarán de defenderlos inmediatamente... También jurarán no buscar un aumento de sus honorarios en el curso del juicio ni entrar en acuerdos con la parte que esté en litigio.

Toda violación causaría una multa de "tres libras del oro más puro" (título 84).

El libro 1 concluye con una serie de éstipulaciones sobre el comienzo de los procedimientos del tribunal, especialmente en los casos civiles. Todo juicio, civil o penal, empezaría con un escrito, llamado carta de emplazamiento, emitido al acusado por el juez o el baile.

> Estas cartas deben contener claramente ante quién y por quién y por qué, además del tipo de litigio que se está entablando, y se debe estipular el periodo en que la persona convocada deberá presentarse en el tribunal en persona si se trata de una acción penal, o en persona o por medio de un representante si se ha entablado demanda civil. Debe haber un... emplazamiento perentorio, y con un límite máximo de treinta días. Si la persona citada está viviendo fuera del reino, el emplazamiento debe conceder un periodo de sesenta días [título 97].

Si se desconocía el paradero del acusado o si éste se ocultaba, el emplazamiento podría entregarse en la casa en que residieran su esposa o sus parientes cercanos. "Pero si la casa no se abre para el que desea entregar el emplazamiento, ordenamos que el emplazamiento se deje en el umbral de la casa en presencia de testigos [una persona pública, o dos o tres]" (título 98). Siguen varias cláusulas sobre los castigos por contumacia y desacato a los límites de tiempo fijados.

Los problemas detallados en las cláusulas sobre el comienzo de los procedimientos fueron algunos de los más críticos para los nuevos sistemas de la justicia real en los siglos XII y XIII: cómo llevar al tribunal a una persona renuente, cómo informarle debidamente de los cargos que se le hacían, cuánto margen dar a dos partes que trataban de aprovechar el proceso oficial de adjudicación. Lo particularmente notable en las soluciones que ofrece el *Liber Augustalis* de 1231 es su modernismo. Federico fue mucho más allá de lo que se había logrado en otros países de la Europa de

su tiempo. Por ejemplo, en relación con el emplazamiento perentorio, en Inglaterra se necesitaron siglos para resolver el problema de las excusas *(essoins)* para no responder a una acción civil. En relación con un requerimiento perentorio que declara "para qué" se entablaba "el tipo de litigio", en Inglaterra y en los Estados Unidos hubo que esperar a los siglos XIX y XX para superar las cargas de las estereotipadas "formas de acción". En relación con el servicio del proceso por entrega al umbral de la residencia, esto nos recuerda al astuto servidor público de una megalópolis contemporánea que hábilmente arroja el requerimiento de tal modo que cae a los pies del renuente acusado, que puede estar escondido tras alguna barrera.

El interrogatorio de testigos y el examen de pruebas escritas y otras constituían el único modo de aportar pruebas en los casos civiles. Para tales casos se habían abolido los juicios por combate y ordalía. La novedad del modo de juicio por interrogatorio o inquisitivo al parecer planteó algunos problemas, pues se introdujo una cláusula especial contra las personas

> que a menudo perturban los procesos de juicio con sus gritos tumultuosos... Ordenamos que en el futuro los litigantes y otras personas presentes en los juicios deben observar la paz de la justicia con reverencia al magistrado que esté declarando las leyes. No deben atreverse a afirmar sus derechos ni a pedir algo antes de obtener la autorización de quien esté a cargo del juicio... Si un co-abogado o la parte principal recuerda algún punto de ley o hecho mientras el abogado está hablando, debe tomarse la molestia de susurrarle al oído lo que esté afirmando... Pero si alguien que ya ha sido advertido tres veces en cierto periodo por el baile o el juez no guarda silencio... deberá pagar un *augustalis* a nuestro tribunal si es campesino. Si es hombre de ciudad, deberá pagar dos. Si es caballero, cuatro; barón, ocho; conde, 16. Todos nuestros funcionarios deben saber que si no cumplen esta pena en favor de alguien, nosotros sin duda lo haremos, en plenitud, con sus propios bienes... El respeto a la justicia exige silencio [título 32].

Mientras que el libro 1 termina con la contumacia en casos civiles, el libro 2 comienza con la contumacia en casos penales. Pasa al proceso de acusación, que al parecer era un interrogatorio por parte del juez principal del gran tribunal del rey o los jueces de los tribunales regionales; se hacía tal interrogatorio cuando unas personas eran acusadas o sospechosas. Se facilitaba porque en los archivos del tribunal del rey se conservaban los nombres de quienes habían sido exiliados o proscritos o que por alguna otra razón eran notorios, así como de sus hijos (título 5). El engaño o dolo en las transacciones legales, llamado calumnia, era delito punible; "los jueces... deberán... condenar a los acusadores o denunciadores a quienes sorprendan en abierta calumnia, al mismo castigo que la naturaleza del delito de sus adversarios requiriera que se impusiese al acusado si hubiesen probado su acusación" (título 14).

Una vez establecido el caso, fuese civil o penal, el demandante o el acusador

> deberá ofrecer en persona o por medio de su abogado, o bien proponer por escrito el mismo día o, si acaso, al día siguiente, todo lo que pruebe o apoye su testimonio... El acusado... deberá en ese tiempo... proponer todas las defensas competentes *de facto* en persona o... por escrito... o por medio de su abogado [título 24].

Entonces, los litigantes eran interrogados por el juez, quien, a su discreción, podía pedir a la persona a la que estaba interrogando "tomar la sacra obligación del juramento, dependiendo del rango de la persona o de la naturaleza del caso, o de que sospechara que alguien estaba mintiendo" (título 31).

El juicio por ordalía estaba enteramente abolido (título 31). El juicio por combate fue abolido salvo para muy pocos casos (título 32), sobre todo para traidores, para quienes habían asesinado con ventaja y para envenenadores (título 33). El número de testigos requerido para probar una acusación criminal contra un conde dependía de su clase: dos condes, cuatro barones, ocho caballeros, 16 lugareños; contra un barón: dos barones, cuatro caballeros, ocho lugareños, etc. (título 33).

El libro 2 termina con una cláusula intitulada "Cómo se deben presentar las pruebas en las apelaciones". Las primeras palabras son: "Deseamos poner fin al desacuerdo de los abogados". El meollo de la cláusula es que no se deben presentar pruebas en las apelaciones, a menos que haya nuevos testimonios que el apelador no hubiese podido presentar en el juicio.

El libro 3 trata, al principio, de la relación entre la propiedad real y la feudal. Huelga decir que eran considerables las restricciones reales a la propiedad feudal. Federico prohibió que un conde, barón o caballero o cualquier otro que tuviese una baronía o feudo como principal inquilino de la Corona, se casara sin autorización real, o casara a alguna hija o algún hijo que tuviese propiedades muebles o inmuebles, "a pesar de la costumbre en sentido contrario que se dice que se ha observado en algunas partes del reino" (título 23). También decretó que "Cuando un conde o barón ha seguido el camino de toda carne, sus hijos o nietos no se atrevan a recibir juramentos de los hombres [es decir, de los vasallos del finado] a menos que primero hayan obtenido la licencia o el mandato de nuestra excelencia para recibir esos juramentos", bajo pena de confiscación del condado o baronía y feudo, con todos los restantes bienes muebles e inmuebles (título 24).

Las últimas cincuenta causas, poco más o menos, del libro 3 del *Liber Augustalis* tratan de muy diferentes cuestiones, muchas de ellas de gran interés.

1. Para conservar saludable el aire, se decretaba que no se permitiría a nadie meter cáñamo o lino en agua en un perímetro de una milla de cualquier ciudad o cerca de un castillo, que los restos de los difuntos que no estuviesen contenidos en urnas se enterraran a cierta profundidad, que los cadáveres y la basura fueran arrojados al menos un cuarto de milla fuera del distrito, o al mar o a un río (título 48).

2. Se pedía a los artesanos entregar productos buenos para el uso que se les daba, a los carniceros y vendedores de pescado se les prohibía vender carne o pescado adulterado, a los taberneros y bodegueros se les prohibía vender vino aguado como si fuera puro, y a nadie se le permitía trabajar oro o plata que contuviera menos de una cierta proporción de oro puro o plata pura por libra. Además, se establecía un procedimiento para revelar tales fraudes, y se fijaban penas graduadas por reincidencia, empezando con una multa por el primer delito (o una azotaína si el artesano o comerciante era demasiado pobre para pagar), pérdida de una mano por el segundo y "muerte en el cadalso" por el tercero, con los mismos castigos para los funcionarios que, por influencia o cohecho, no expusieran los fraudes (título 49).

3. Se establecía un sistema uniforme de pesos y medidas para los comerciantes de todo el reino (títulos 50 y 51).

4. Se duplicarían los castigos contra los comerciantes que vendieran mercancías corrompidas y prohibidas o que vendieran con pesos y medidas falsos cuando los timados por ellos fuesen extranjeros (título 52).

5. Las personas que distribuyeran pociones de amor o alimentos dañinos, o que hiciesen exorcismos ilícitos eran punibles de muerte si como resultado una persona fallecía o perdía la razón. Pero si los clientes no sufrían daño, aun así los perpetradores serían castigados con confiscación de bienes y confinamiento de un año en prisión. Añadía Federico:

> Aunque pueda parecer frívolo a quienes conocen la verdad y la naturaleza de las cosas... que los espíritus de los hombres puedan ser influidos por alimentos o bebidas para sentir odios o amores, a menos que la culpable sospecha del cliente induzca estos sentimientos, sin embargo no estamos dispuestos a dejar impune la burda suposición por la que al menos han deseado dañar a otro, aun si no pueden [título 73].

INGLATERRA

En 911, Rollón (Hrolf) el normando y sus seguidores interrumpieron sus ataques a la costa franca y, con la venia del emperador, se establecieron en la región del bajo Sena. Al cabo de un siglo los normandos, habiendo asimilado las instituciones francas, incluso el derecho y el lenguaje de los francos, empezaron a mostrar verdadero genio para las hazañas militares así como para entablar alianzas políticas y en el arte del gobierno. En 1047 Guillermo, duque de Normandía, de 18 años, descendiente directo de Rollón, inició una carrera militar y política que lo llevó a ser uno de los dos o tres gobernantes más poderosos de Europa. En sus primeros años estuvo muy ocupado rechazando a sus enemigos internos y externos, incluso el conde de Anjou y el rey de Francia. Por este tiempo, Guillermo recibió apoyo del rey inglés, Eduardo *el Confesor,* quien en 1051, no teniendo hijos, al parecer lo nombró su heredero. A la muerte de Eduardo en 1066, Guillermo,

quien para entonces ya había consolidado su poder en Normandía y había añadido a sus dominios los condados de Bretaña y Maine, desembarcó en la costa inglesa con cerca de siete mil hombres, entre ellos cerca de mil jinetes bien entrenados (muchos de ellos con sus monturas) y derrotó al pretendiente rival al trono, Haroldo, hijo de Godwin.

La conquista normanda de Inglaterra no dejó de estar relacionada con la conquista contemporánea de la Italia meridional. En primer lugar, los normandos tenían un poderoso sentido de su nacionalidad común. Dondequiera que fueran, nunca olvidaban que eran normandos. Se dice que el duque Guillermo alentó a sus tropas en la batalla de Hastings, recordándoles las hazañas de sus compatriotas en Apulia, Calabria y Sicilia. Más importante, acaso, fuera su sentido de misión común. En Inglaterra, como en Italia, los normandos llegaron como cruzados, portadores de la verdadera fe, autodeclarados "soldados de Cristo". Guillermo, como Roberto Guiscardo y el gran conde Rogerio, era partidario de la reforma cluniacense, y por tanto se oponía a los matrimonios clericales, a la compra y venta de las dignidades de la Iglesia y a la dominación del sacerdocio por los barones. Por igual motivo, eran partidarios de la monarquía sacra: el sumo sacerdocio del emperador o rey, su jefatura de la Iglesia dentro de sus dominios. Esto, al principio, no los llevó a una confrontación con el papado, sino por el contrario, a una alianza con él que había aprobado la Reforma cluniacense y apenas empezaba a tomar en una nueva dirección, hacia la libertad del clero de todo control "secular". El papado, en los decenios de 1060 y 1070, recibió con agrado el celo reformista de los gobernantes normandos... y explotó su apoyo político en la inminente lucha contra el emperador. Así como el papa Nicolás II bendijo de antemano las conquistas de Ricardo y de Roberto Guiscardo en 1059, así el papa Alejandro II en 1066 dio su bendición, por adelantado, a la conquista de Inglaterra por Guillermo, a la que llamó cruzada para reformar las corrompidas Iglesias inglesas.[31]

Pocos años después el papa Gregorio VII concibió la esperanza de convencer a los gobernantes normandos, tanto de Inglaterra como del sur de Italia, de aceptar las pretensiones de supremacía que él había hecho en el *Dictatus Papae* de 1075. Sin embargo, ambos se negaron cortésmente, y el papa no se vio en posición de apremiarlos mucho. Ellos siguieron en completo dominio del clero de sus respectivos reinos. Guillermo *el Conquistador* —como Roberto Guiscardo y Rogerio— hacía sus propios nombramientos de obispos sin consultar antes a Roma. Remplazó a todos los obispos de Inglaterra, excepto a dos, por sus protegidos, de origen o preparación normandos. (Su arzobispo de Cantorbery, el gran Lanfranco, era italiano de nacimiento, así como el célebre sucesor de Lanfranco, Anselmo, pero ambos habían ocupado durante décadas cargos importantes en Normandía antes de ser llevados a Inglaterra por Guillermo I y por su hijo Guillermo II, respectivamente.) Asimismo, Guillermo *el Conquistador* no

vaciló en aplicar leyes eclesiásticas, obligatorias para la Iglesia en Inglaterra y Normandía.

De este modo, las inclinaciones cesaropapistas de los reyes normandos de Inglaterra no eran esencialmente distintas de las de los reyes normandos de la Italia meridional. Guillermo II (Guillermo *el Rojo)* de Inglaterra —Normandía recayó en su hermano Roberto, a la muerte del *Conquistador*—, que reinó de 1087 a 1100, violó brutalmente las leyes de la Iglesia, y habría sido excomulgado por el papa en 1098 si no hubiese contado con el apoyo de Anselmo. Y, sin embargo, ni siquiera el tiránico Guillermo II trató nunca de que lo nombraran legado papal, mientras que el conde Rogerio no sólo lo pidió, sino que lo consiguió para sí mismo y para sus sucesores a perpetuidad.[32] Los gobernantes normandos de Inglaterra y de Normandía, aunque dominaran por completo la Iglesia en sus dominios durante las dos generaciones que siguieron a la conquista, tuvieron que tomar en cuenta que, en contraste con Sicilia, la población de Inglaterra y de Normandía contenía muchos seguidores del partido papista, y que eran necesarias algunas concesiones del rey a la "libertad de la Iglesia" si quería conservar el apoyo de importantes jefes normandos así como de los anglosajones, que no sólo constituían la gran mayoría de las clases bajas inglesas, sino también algunos elementos de las clases altas.

Esta división concerniente a los límites permisibles del poder real sobre la Iglesia en Inglaterra y Normandía tendría importancia futura. Contribuyó a la virtual descomposición de la autoridad civil durante el reinado de Esteban (1135-1154), nieto del *Conquistador,* y finalmente condujo a la decisiva controversia entre el sucesor de Esteban, Enrique II (1154-1189), y el arzobispo Becket.

No hay duda de que las diferencias socioculturales y las políticas entre Inglaterra y Normandía, por una parte, y la Italia meridional por la otra, incluyendo los antecedentes históricos de los asentamientos griegos, bizantinos e islámicos de esta última, ayudan a comprender las distintas situaciones de la Iglesia en ambos países y, en particular, la incapacidad de la Iglesia siciliana para levantarse contra el tiránico gobierno del conde Rogerio I (fallecido en 1105), el rey Rogerio II (fallecido en 1154) y sus sucesores.

No obstante, la situación jurídica de la Iglesia en Inglaterra y en Normandía, en el periodo que siguió a 1066, tuvo una cierta semejanza con la de la Iglesia en el reino normando de Sicilia: Guillermo, como Rogerio, nombró a los obispos de su dominio y los mantuvo bajo su tutela. En un decreto de 1067 declaró que el rey de Inglaterra y duque de Normandía estaba facultado para decidir si un papa debía ser reconocido por la Iglesia en Inglaterra y Normandía, que ningún concilio eclesiástico celebrado en su reino podía decretar derecho canónico sin su consentimiento, y que el rey tenía poder de veto sobre los castigos eclesiásticos impuestos a sus varones y oficiales.[33] Guillermo separó los tribunales eclesiásticos de los

seculares; en 1072 ordenó que en adelante los casos espirituales fuesen juzgados por obispos y arcedianos en sus propios tribunales "de acuerdo con los cánones y las leyes episcopales".[34] Esta separación, que también fue introducida en Sicilia por Rogerio I, fortaleció los tribunales eclesiásticos contra las influencias locales, pero no contra el rey, quien conservó su suprema autoridad dentro de los propios tribunales de la Iglesia. Tanto *el Conquistador* como su hijo Guillermo *el Rojo* frustraron los esfuerzos del papa Gregorio VII y de sus sucesores por afirmar la supremacía papal sobre el clero inglés y normando. Guillermo *el Rojo* demostró su desprecio permitiendo que el arzobispado de Cantorbery permaneciera vacante durante cuatro años después de la muerte de Lanfranco, para que la Corona pudiese cobrar sus ingresos.

Sin embargo, cuando Enrique I, hermano de Guillermo *el Rojo,* ascendió al trono inglés en 1100, la situación del papado era lo bastante fuerte para arrancar al rey Enrique considerables compromisos con respecto a las investiduras del clero. A cambio, Enrique recibiría el apoyo papal en su reconquista de Normandía contra su hermano Roberto. El Concordato de Bec (Normandía), de 1107, se anticipó al Concordato de Worms de 1122 al transferir del rey al papa la autoridad de investir a obispos y abades con la insignia de sus cargos, el anillo y el báculo, pronunciando las palabras "¡Recibe la Iglesia!" Como el emperador en 1122, también el rey Enrique I accedió a la libre elección de obispos y abades por la iglesia en Normandía e Inglaterra, pero se reservó el derecho de estar presente en tales elecciones y así, en realidad, intervenir cuando las elecciones fuesen disputadas. Además, como posteriormente en Alemania, los obispos y abades en Inglaterra y Normandía no serían consagrados por la Iglesia hasta que el rey los hubiese investido, por el cetro, con las "regalías", recibiendo de ellos, a cambio, homenaje y juramento de lealtad.[35]

Estas concesiones reales con respecto al nombramiento de obispos y abades no afectaron considerablemente —de momento— los otros poderes que Enrique I ejercía sobre la Iglesia en Inglaterra y Normandía. Sólo durante la llamada anarquía de Esteban, el partido papista en Inglaterra y Normandía logró considerable aumento de prestigio y poder, y sólo en el subsiguiente reinado de Enrique II —en especial después del martirio de Becket— la Iglesia de Inglaterra y de Normandía conquistó una considerable medida de libertad ante la dominación real y ducal. Desde luego, no fue tan considerable como la que hubiese deseado el partido papista; pero fue una independencia mayor de la que obtuvo la Iglesia en casi todos los demás países de Europa en los siglos XII y XIII y, desde luego, mucho mayor que en Sicilia.[36]

Paradójicamente, la libertad de la Iglesia en Inglaterra y Normandía favoreció el desarrollo del gobierno real y de las instituciones jurídicas. Esto se debió, en parte, a la teoría del dualismo de las autoridades eclesiásticas y las seculares, según la cual los gobernantes seculares eran responsables de mantener la paz y hacer justicia en sus respectivas esferas. También se debió, en parte, a la competencia real por el Estado eclesiástico y la emulación de éste. Por tanto, no es casual que Inglaterra y Normandía, la entidad europea de finales del siglo XII y principios del XIII donde la Iglesia estaba más libre del control real y más sujeta a la autoridad papal, también fuese una entidad donde el sistema de gobierno real y de derecho real se encontrara tan desarrollado: casi tan desarrollado como en Sicilia. En realidad, fue en el tiempo de Enrique II cuando se echaron los fundamentos del moderno sistema inglés de derecho real (el *common law* inglés) como existió y se desarrolló al menos hasta los siglos XVI y XVII.

La personalidad de Enrique II

Como su compatriota normando, el rey Rogerio de Sicilia, también Enrique Plantagenet tenía grandes cualidades personales para hacer frente al gran desafío de su época, incluso cualidades especialmente adaptadas al desarrollo de un poderoso sistema de derecho real.[37]

Aunque Enrique sólo tenía 21 años cuando subió al trono de Inglaterra, había hecho una triunfal carrera política y militar. Su padre fue Godofredo, conde de Anjou; su madre, la emperatriz Matilde, nieta de Guillermo *el Conquistador* e hija de Enrique I, rey de Inglaterra y duque de Normandía. A la temprana muerte de su padre, en 1151, Enrique recibió Anjou y Maine y, por su madre, Normandía. Al año siguiente casó con Leonor de Aquitania, esposa divorciada de Luis VII de Francia, y con ello adquirió no sólo Aquitania, sino también Poitou. En 1153 invadió Inglaterra y obligó a su primo Esteban a adoptarlo como heredero. En 1154 Esteban, convenientemente, falleció, legando a Enrique el trono inglés.

Enrique II era hombre de enorme energía. Se hizo celebre por sus hazañas físicas. El cronista de su época Walter Map escribió que

> siempre estaba en movimiento, viajando por etapas intolerablemente largas... gran conocedor de sabuesos y halcones, y ávido de ese vano deporte: perpetuamente alerta y en acción. Cuando le perturbaban sueños eróticos, maldecía su cuerpo, que ni los trabajos ni la abstinencia podían domar o reducir. Desde entonces atribuimos sus esfuerzos, no a vana afición, sino al temor de engordar demasiado.[38]

También era ávido de poder político, en su patria y en el extranjero. Condujo sus ejércitos feudales por toda Inglaterra y Normandía y hasta Irlanda y parte de Francia, descendiendo hasta los Pirineos, adquiriendo continuamente nuevos vasallos, arrasando castillos ilegalmente ocupados, recabando fondos que se le debían como supremo señor feudal.

No se sabe cómo llegó a interesarse tanto en el derecho, pero muchos relatos indican que no era lego en cuestiones jurídicas. Se dice que se le-

vantaba temprano cada mañana a revisar los casos jurídicos con sus ayudantes; que estaba dispuesto a intervenir en los atendidos por sus jueces y que era muy capaz de dar una lección de preparación de escrituras a su vicecanciller; que recorría todo su reino a un paso agotador para asistir a los casos en las provincias. Map informa que Enrique contaba el siguiente relato:

> Una vez, después de que escuché un juicio conciso y justo dado contra un hombre rico en favor de uno pobre, dije a lord Ranulfo [Glanvill], el juez: "Aunque el juicio del hombre pobre habría podido ser diferido por muchas triquiñuelas, lo obtuvo mediante una decisión rápida y feliz". "Ciertamente", dijo Ranulfo, "decidimos aquí las causas mucho más pronto que lo hacen vuestros obispos en sus iglesias". "Así es", dije yo, pero si vuestro rey estuviera tan lejos de vos como el papa lo está de los obispos, creo que seríais tan lento como ellos".[39]

Enrique no era tan querido por todos como lo era por Map. La introducción de un sistema de derecho real en Inglaterra fue, en parte, una manera de enriquecer las arcas reales así como el poder real a expensas no sólo de varones y clérigos, sino también de la población en general. El detractor de Enrique, Radulfo Niger, dijo que el rey no dejaba pasar un año sin alarmar al país con leyes nuevas. Uno de sus actos más irritantes fue la reanudación forzosa de las severas leyes sobre los bosques, que fue atribuida a su deseo de proteger sus deportes predilectos.

Por último, queda la cuestión de cómo concebía Enrique su papel de legislador. Es obvio que él no consideraba que estuviera innovando, sino que, antes bien, que estaba protegiendo la herencia del pasado contra nuevos desafíos. Y, sin embargo, como el papa Gregorio VII un siglo antes, Enrique sabía que al conservar el pasado estaba alterándolo fundamentalmente. Muchos recursos legales, que antes habían sido excepcionales o sólo ocasionales, se volvieron normales y regulares. Se revaluaron y redispusieron instituciones jurídicas preexistentes para formar un nuevo conjunto. Como lo ha dicho un distinguido historiador del derecho inglés, hubo un "salto adelante". Se puso en movimiento la rueda "que generó el derecho común inglés (de judiciales precedentes)".[40] Por muy diferente que pudiese ser la concepción de la historia que tuvo Enrique II de las que hoy prevalecen, sin duda era consciente de que lo que estaba haciendo era importante y, de hecho, que hacía época.

El Estado inglés

Al ascender Enrique II al trono en 1154, Inglaterra estaba políticamente dividida, como lo había estado desde antes de la Conquista normanda, en unidades locales y unidades feudales. Las unidades locales eran aldeas (llamas *vills),* grupos de aldeas (llamadas cientos), condados *(shires)* y pueblos.

Cada ciento y cada *shire* estaba gobernado por una asamblea de todo el pueblo, o de todos los hombres libres, llamada el tribunal del ciento o el tribunal del *shire.* Las unidades feudales eran las fincas, señoríos, encabezada cada una por su señor feudal. Después de la Conquista normanda, cerca de la mitad de los tribunales de los cientos fueron tomados por los señores feudales y, de hecho, se convirtieron en tribunales señoriales.

Los señores de las fincas estaban a su vez sometidos y eran inquilinos de señores más altos, en cuyos "tribunales señoriales" podían ser juzgados; y los señores más altos a su vez estaban sometidos y eran inquilinos del principal señor: el rey. En efecto, Guillermo *el Conquistador,* había arrendado toda la tierra de Inglaterra a sus tenedores o inquilinos primeros, a condición de que le dieran un ejército de cerca de cinco mil caballeros montados. Ellos, a su vez, habían arrendado gran parte de la tierra a subinquilinos, a condición de que aportaran cierto número de tales caballeros. Cada caballero había de servir durante cuarenta días al año, pagándose sus gastos. El derecho de aportar caballeros era inseparable de la tierra, de la que, por tanto, se decía que teníase al servicio del caballero. La tenencia o *fee (feod, feud, fief)* no podía dividirse de manera tal que privara al señor superior del servicio de su caballero y de otros "derechos" feudales ("concomitancias de tenencia").[41]

Sin embargo, al sistema feudal vino a añadirse otra dimensión con el muy complejo concepto de monarquía. Durante el periodo que va de 1066 a 1154, la corte del rey *(curia regis)* no sólo era una asamblea feudal de los primeros inquilinos del rey; también contenía a un grupo de funcionarios reales que administraban los asuntos de la Corona por todo el reino. El rey nombraba a un llamado "justiciero" o a otro funcionario para que lo representara en todas las cuestiones y actuara como regente en sus frecuentes ausencias; de hecho, la mayoría de los reyes anglo-normandos pasaban mucho más tiempo en Normandía que en Inglaterra. El canciller, subordinado al justiciero, estaba a cargo del personal secretarial del rey. Se nombraba a barones del tribunal de hacienda para ayudar a resolver los asuntos financieros y legales del rey. Y como entre los deberes del rey estaba el de mantener la paz en el reino y velar porque se hiciera justicia, se crearon recursos administrativos para zanjar disputas no sólo entre el rey y sus inquilinos, sino también entre los súbditos del rey en general. Y, como en los tiempos anglosajones, el rey delegó a muchos magnates locales el deber de presidir los tribunales de los *shires (shires reeves,* o alguaciles mayores). También emitió órdenes ejecutivas a magnates locales, en forma de decretos sellados, en los que habitualmente se ordenaba corregir algún mal que había llegado a su atención.

No obstante, antes del reinado de Enrique II, esas instituciones —la tesorería, la cancillería, la judicatura y otras— se encontraban apenas en estado embrionario. Guillermo *el Conquistador* y sus sucesores habían intensificado considerablemente la autoridad central de la Corona, que

llegaba, pasando verticalmente por vasallos y subvasallos, hasta los poblados y las fincas; pero el sistema de gobierno real y derecho real aún se basaba esencialmente en su propio control personal y en las lealtades feudales. Con la posible excepción de la tesorería, no había un sistema autónomo de departamentos de gobierno como el que existió en el gobierno italiano de Rogerio II: no había cuerpos administrativos, judiciales y legislativos permanentes que pudiesen actuar valiéndose de su propia autoridad independiente para regular los problemas feudales y locales. La justicia del rey podía llegar a cualquiera en cierto tipo de casos de flagrante rechazo de la justicia, así como en ciertos tipos de casos que afectaban las propiedades de la Corona, de traición y varios otros asuntos; pero era una justicia extraordinaria, no una justicia profesional regular aplicada por tribunales permanentes.

Con respecto a la resolución de disputas, antes del reinado de Enrique II no hubo una judicatura profesional que oyera los casos de que trataban los decretos ejecutivos. Desde luego, en los primeros decenios del siglo XII, Enrique I había enviado tal vez media docena de justicieros a diversos lugares del reino a hacer justicia, y bien puede ser que algunos de ellos al menos hubiesen tenido una cierta preparación profesional jurídica en el incipiente derecho canónico, y posiblemente hasta hubiesen estudiado derecho romano en Bolonia. Sin embargo, su tarea de justicieros consistía no sólo en tratar los asuntos judiciales, sino también cualesquiera otras cuestiones de gobierno que pudiesen interesar al rey. Se les enviaba irregularmente como representantes del rey con fines administrativos generales, incluso el de oír y resolver disputas. A mayor abundamiento, la mayoría de las cuestiones penales y civiles se encontraban dentro de una jurisdicción local o feudal, no real; la Corona intervenía cuando sus propios intereses se veían directamente afectados o cuando había una "negativa de justicia", es decir, cuando una de las partes apelaba al rey en demanda de clemencia porque había fallado la justicia local o feudal.

La ausencia de una judicatura real profesional, regular y permanente estaba relacionada con la falta del concepto de la monarquía como agencia legislativa regular. Los reyes en ocasiones decretaban leyes, habitualmente con el consentimiento de obispos, barones y otros hombres importantes. Pero toda la legislación de los cuatro primeros reyes anglo-normandos, de 1066 a 1154, probablemente podría resumirse en una página. Se sabe de muy pocas leyes decretadas por Guillermo *el Conquistador;* no se han conservado leyes del reinado de su hijo Guillermo *el Rojo;* de los 35 años del reinado de Enrique I sólo quedan referencias a cinco leyes; el reinado de 19 años de Esteban no dejó huellas de legislación real. Parece obvio que los reyes ingleses anteriores a Enrique II no consideraron que una de sus responsabilidades fuese promulgar regularmente leyes nuevas.

Los trastornos del reinado de Esteban no dejan duda de que la monarquía anglo-normanda careció de las instituciones jurídicas necesarias para mantener a largo plazo la paz en Inglaterra. El país se veía desgarrado por violentos desórdenes, especialmente guerras privadas causadas por derechos de tierra. En esta turbulenta situación surgió la lucha por la independencia del clero —encabezada por el papa— de las autoridades seculares. Antes que Esteban, tres reyes poderosos habían logrado sofocar estas fuerzas de la división. Ahora, un rey más débil se encontró impotente para dominar la situación. Pero no sólo fue su debilidad personal la que incapacitó a Esteban. También fue un defecto del sistema anglo-normando de gobierno, según el cual el rey o su principal lugarteniente había de encontrarse continuamente en marcha por la nación, junto con sus ejércitos para mantener la paz entre sus inquilinos y subinquilinos y ofrecer la protección que pudiera a la población local contra la opresión de sus señores feudales.

Ante este trasfondo general y en el clímax del desorden civil ascendió Enrique II al trono, resuelto no sólo a remplazar la anarquía y la violencia por la ley y el orden, sino también dispuesto a hacerlo por medio de instituciones y conceptos políticos y jurídicos que habían sido apenas barruntados por sus predecesores en Inglaterra y Normandía. Desde luego, Enrique y sus consejeros se basaron en esos antecedentes. Siguiendo el tradicional espíritu de la administración normanda, conservaron las viejas costumbres hasta donde les fue posible, a la luz de las nuevas necesidades y nuevas políticas. El padre de Enrique, Godofredo de Anjou, aunque no fuese normando, había educado a su hijo en este espíritu, diciéndole expresamente que no debía tratar de trasplantar las costumbres de Anjou y de Normandía a Inglaterra, ni las costumbres de Inglaterra a Anjou y Normandía.[42] Enrique trató de utilizar las instituciones anglosajonas y anglonormandas preexistentes cuando pudo hacerlo para obtener ventaja. No obstante, la marca principal del reinado de Enrique fue la innovación institucional, y no la continuidad con el pasado.

Más todavía: aunque las innovaciones de Enrique tenían raíces en el pasado, esas raíces pueden verse no sólo en la experiencia anglosajona o anglonormanda (la élite gobernante de Inglaterra era en gran parte normanda, y los idiomas en la corte eran el francés normando y el latín), sino también en la experiencia de otras entidades políticas contemporáneas. Los nuevos conceptos e instituciones gubernamentales y jurídicos que se introdujeron en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XII tenían un claro parecido de familia con los que fueron introducidos durante las dos generaciones anteriores en la Iglesia-Estado romano y en el Estado normando de la Italia meridional, así como con los que fueron introducidos por generaciones ulteriores en Francia y en otros lugares de Europa. También tenían una semejanza general, en aspectos importantes, con los conceptos y las instituciones gubernamentales y legales que habían surgido a finales del siglo XI y comienzos del XII en las ciudades libres y los poblados de Occidente, incluso los de Inglaterra.

Esto no significa que Enrique II "copiara" algo de otras partes. Los grandes estadistas rara vez o nunca copian leyes de otros. Sólo queremos decir que lo que hizo Enrique —en sus lineamientos generales— no fue exclusivamente "inglés" o siquiera exclusivamente normando, sino que fue parte de un desarrollo histórico general de la Europa del siglo XII. Fue exclusivamente occidental en el sentido de que formó parte del fundamento de la tradición jurídica occidental y del tipo de Estado occidental. Enrique tenía clara conciencia de los nuevos conceptos y formas de gobierno y de derecho que se habían desarrollado en la Iglesia y en el reino normando de Sicilia, así como en las nuevas ciudades y poblados de Europa. Aunque no los copió, casi no puede dudarse que le parecieron sugestivos para sus propios fines.

Enrique transformó el sistema de administración pública de Inglaterra y Normandía aumentando enormemente las funciones y los poderes de los departamentos gubernamentales centrales, profesionales y permanentes. De ellos, los más importantes fueron la tesorería *(exchequer)* que administraba los impuestos y las finanzas, el tribunal superior *(court of common pleas)*, que hacía justicia, y la cancillería, que dirigía y coordinaba el trabajo de los otros departamentos. Esto era muy similar a lo que el rey Rogerio II había hecho en Sicilia pocos decenios antes, que a su vez era similar a lo que el papado había hecho en Roma, probablemente en la secuela de la primera cruzada (1095).

La administración de las finanzas en Inglaterra y Normandía por medio de la tesorería estaba relacionada, claramente, con la experiencia siciliana.[43] Los principales problemas financieros a los que se enfrentaba la Corona en Inglaterra y en Normandía eran esencialmente los mismos a los que se enfrentaba la Corona en Sicilia: establecer un sistema general de impuestos apropiado para una entidad feudal centralizada (es decir, caracterizada por subinfeudación, con reserva de lealtad de los subvasallos al monarca), junto con unos métodos apropiados de supervisar los ingresos pagados por los contribuyentes feudales y otros a funcionarios de la Corona en diversas localidades. Es muy probable que hubiese una influencia siciliana sobre la práctica inglesa, aunque sólo sea por el notable ejemplo de Tomás Brown, quien sirvió como barón del *dogano* en Palermo durante algunos decenios, entre 1130 y 1154 y luego, habiendo caído en desgracia a la muerte de Rogerio II, fue a Inglaterra, donde sirvió como barón de la tesorería durante varios decenios más, entre 1154 y 1190.[44] Acaso hubiera, asimismo, otras influencias importantes en la dirección opuesta, ya que los barones ingleses de la tesorería entendían de casos fiscales de la Corona en las diversas localidades desde el reinado de Enrique I.

La creación de un tribunal real central de jueces en Inglaterra también corrió paralela a ciertos acontecimientos de la Italia meridional. En ambos lugares, el proceso comenzó con el envío ocasional de jueces de la casa del rey a oír casos en diversas localidades, así como a encargarse de otras

cuestiones reales. En Inglaterra, pese al ejemplo excepcional de la tesorería, la profesionalización y sistematización de esta práctica sólo se logró en tiempos de Enrique II. Entonces, por primera vez, las funciones judiciales de los jueces itinerantes quedaron claramente distinguidas de sus funciones económicas y administrativas (las cuales, sin embargo, continuaron ejerciendo). Además, Enrique II instituyó por vez primera giras regulares para un conjunto de jueces. En 1176, seis grupos de tres jueces cada uno fueron enviados a recorrer el país y oír todos los casos presentados de acuerdo con un decreto del rey, siempre que no excedieran una cierta cantidad jurisdiccional (la mitad de la cuota de un caballero). El número de estos "jueces de circuito" *(justices in eyre)* acabó por llegar a veinte. *(Eyre,* pronunciado "eir", es la traducción inglesa del latín *iter,* o viaje, raíz de "itinerante".) En 1175, Enrique había nombrado a tres hombres para jueces de su propio tribunal personal; y, por último, en 1178, nombró a cinco personas *(de sua familia),* dos clérigos y tres laicos, para "quedarse [en su tribunal] a oír las demandas del pueblo".[45] Para el año 1180 esta nueva "banca", llamada después el tribunal de quejas comunes *(Court of Common Pleas),* residía permanentemente en Westminster. También el rey continuaba juzgando en persona, conforme viajaba; a comienzos del siglo XIII, la tarea de juzgar ante el rey fue asignada a jueces profesionales, llamados el tribunal de King's Bench. (Con el tiempo, el tribunal de King's Bench limitó su jurisdicción a las felonías y a los casos que afectaran a la persona real, en tanto que otras disputas civiles —"quejas comunes"— eran decididas por el tribunal de quejas comunes.) Estos dos tribunales, más la tesorería, fueron los primeros tribunales reales permanentes, centralizados y profesionales de jurisdicción civil y penal en Inglaterra, y los segundos de Europa (después de los sicilianos). Representaron una institucionalización de la función real de adjudicación, que casi todos los reyes anteriores sólo habían ejercido en casos especiales, "para grandes hombres y grandes causas".[46]

La tesorería y el tribunal de las quejas comunes fueron los dos pilares del nuevo Estado inglés. Fueron apoyadas por una tercera, la cancillería, que (una vez más, como sus equivalentes en Sicilia y en Roma) tenía el poder del sello real (en Roma, papal). Esto significaba que el canciller podía dar órdenes en nombre del rey. Su papel consistía en dirigir y coordinar, mediante esas órdenes, el trabajo de todos los demás departamentos de gobierno. Por medio de decretos y otros tipos de documentos formales, la cancillería no sólo podía iniciar procedimientos en la tesorería y en el tribunal del rey, sino que también podía tratar directamente con barones, obispos y otras personas que participaban en el gobierno del país en niveles inferiores.

La importancia crucial de la cancillería en el desarrollo del Estado —en Inglaterra como en cualquier lugar de Europa— se debió a la combinación de experiencia profesional con una dirección y coordinación generales de

los asuntos de gobierno. La cancillería operaba por medio de un conjunto de expertos que, en palabras de Strayer, "desarrollaron y conservaron las rutinas administrativas regulares y fórmulas coherentes, cuidadosamente redactadas, para sus cartas".[47] En ese sentido, el gobierno se "burocratizó". Sin embargo —esto no ha sido lo bastante subrayado—, la misión de este secretariado era salvar al gobierno de un estrecho departamentalismo. Ninguna de las nuevas oficinas de gobierno, ni siquiera la judicatura, quedaría libre de actuar a su capricho sin el control de un superdepartamento, el gobierno mismo, actuando por medio de su secretariado.

Y, sin embargo, este secretariado no era el rey, es decir, no era toda la monarquía. La naturaleza misma de la cancillería era identificar los asuntos de *gobierno* como actividad distintiva, separada de la persona del rey y, por lo mismo, separada también de esos aspectos de los asuntos de la Corona que eran más directamente identificados con su persona, especialmente los militares y diplomáticos. Antes del reinado de Enrique II, el rey de Inglaterra (y duque de Normandía) tenía que estar de viaje continuamente por sus territorios, no sólo para consolidar su dominio militar y político sobre sus vasallos, sino también para mantener funcionando su gobierno. Después de la época de Enrique II, el rey-duque no tuvo ya que estar presente para que su gobierno funcionara. Ricardo *Corazón de León,* quien sucedió a Enrique II, estuvo ausente de Inglaterra virtualmente los diez años de su reinado, primero en una cruzada y luego en cautiverio, y, sin embargo, el gobierno de Inglaterra continuó como de costumbre. Desde luego, no estuvo encabezado por el canciller, sino por otro funcionario, llamado el *justiciar* (durante seis de esos diez años, el *justiciar* fue Huberto Walter, quien también era arzobispo de Cantorbery y legado papal), pero la cancillería aportó el principal personal administrativo del *justiciar.* En tiempos ulteriores, a menudo fue el canciller quien gobernó en ausencia del monarca. Y, más importante aún, era el canciller quien, cuando estaba presente el rey, se encargaba de la mayor parte de la función real de dirigir y coordinar la administración pública.

El naciente concepto de Estado dependió de la existencia de una agencia como la cancillería que definiría la administración pública, los asuntos de gobierno, como algo menos que la política en conjunto (representada por la persona del monarca) y como algo más que el agregado de oficinas gubernamentales en particular. Por consiguiente, una agencia que tendría suficiente agudeza para comprender la política general y responder a ella y, al mismo tiempo, suficiente experiencia para controlar los diversos departamentos especializados. Volvemos a encontrar aquí un ejemplo de la dialéctica escolástica en acción. La cancillería papal, como ha dicho Strayer, "estaba mucho más adelantada, y hasta cierto punto sirvió como modelo para otras, pero, en tiempos de Enrique II... la cancillería inglesa no le iba muy a la zaga... En el siglo XIII casi todo gobierno europeo contaba con una cancillería eficiente".[48]

El derecho real inglés ("common law")

Enrique II revolucionó el sistema de derecho en Inglaterra básicamente al imponer la jurisdicción real y el derecho real a los asuntos penales y civiles que antes habían estado dentro de la jurisdicción local y feudal y según el derecho local y feudal. Lo logró no sólo creando una judicatura real que actuara bajo el dominio de una cancillería real, sino también aportando un tipo más racional de derecho y enrolando la participación comunitaria en su administración.

Las cinco principales reformas de Enrique al derecho procesal y sustantivo estaban muy interrelacionadas. *1)* Los antiguos decretos ejecutivos fueron "judicializados". En lugar de exigir que el acusado o un funcionario local cumpliera con las órdenes del rey en nombre de un demandante, los nuevos escritos exigían que el acusado apareciese ante un tribunal imparcial para responder de la demanda. *2)* Se aplicó la participación comunitaria, en forma de la investigación jurada de vecinos, para decidir los hechos ventilados en casos civiles debidos a disputas por tierras libres. *3)* También se alistó la participación comunitaria en forma de una investigación jurada de los vecinos a presentar ante los jueces del rey, para juicio, a todas las personas sospechosas de grave violación de la paz, hasta el grado de felonía. *4)* Mediante los nuevos decretos judiciales se desarrollaron formas de acción en el tribunal del rey que catalogaban varios tipos de delitos en proporción de los remedios legales de que se disponía para compensarlos. *5)* La candente cuestión de la protección pacífica de los derechos de tierras se resolvió mediante el desarrollo de la doctrina jurídica de la *seisin* [posesión o toma de posesión], concepto que era similar, pero no igual al concepto romano de posesión. La *disseisin* [desposesión], por fuerza o por fraude, de tierras ocupadas por militares, o bien otra tenencia libre de tierras, cayó dentro de la jurisdicción real, y gradualmente fue creándose un cuerpo de derecho pertinente.

La judicialización de los escritos

La palabra *writ,* que simplemente significa escrito, es traducción inglesa del término latino *breve,* que significa "algo breve" y, por extensión, "una carta". Durante siglos, papas, reyes y otros gobernantes habían emitido órdenes y noticias escritas breves. En tiempos de Guillermo *el Conquistador* y sus sucesores, uno de los medios principales de la administración real fue la emisión de escritos reales que ordenaban a duques, barones, obispos, abades, alguaciles mayores y otros remediar algún daño que había llegado a la atención del rey: "Devolver el señorío de M. a Juan de Styles", "pagar, al punto, al abad, vuestro señor, todo lo que justamente le debáis de alquiler", conceder a alguien el derecho de usar tierras comunes o devolver un ganado que se había tomado en prenda.

Estos escritos ejecutivos eran de carácter muy variado, destinado cada uno a resolver un caso individual en que el rey había decidido intervenir. A menudo, se basaban en alegatos *ex parte:* "Vemos al rey ordenar cierta medida en alegatos que alguien 'instiló en su oído' o 'le hizo creer' "; a veces, el rey tuvo que retirar una medida porque se descubrió que el quejoso había estado mintiendo: y quizá... "pagando bien en apoyo de su mentira".[49] Asimismo surgió la práctica de dirigir los escritos reales a los alguaciles mayores y otros funcionarios de los lugares, ordenándoles "hacer cabal justicia" en un asunto particular. También esto "dio un gran margen de decisión al funcionario ejecutivo... dejando, así, la puerta abierta a un comportamiento arbitrario de parte de muchos tiranuelos locales".[50]

En ocasiones, especialmente en los casos en que había reclamaciones eclesiásticas, los predecesores de Enrique II emitieron escritos ordenando a un obispo o a otro señor resolver un caso, o a un alguacil mayor convocar al ciento a decidir una disputa. Pero, normalmente, el escrito real no conducía a una decisión. Antes de la época de Enrique II, los reyes ingleses no habían imitado el sistema de escritos desarrollado en los tribunales eclesiásticos a comienzos del siglo XII por el cual el quejoso obtenía un escrito de la cancillería papal en Roma, autorizando que fuese juzgada su demanda en el tribunal de un obispo, o por un tribunal de legados papales (esos escritos papales iniciaron más litigios en tribunales eclesiásticos en Inglaterra que en ningún otro país de Europa).

Enrique II transformó el escrito real, que había sido la orden "haced tal y tal cosa", en "Presentad a mis jueces una investigación para determinar la cuestión en disputa... y recibid este escrito". En otras palabras, el escrito estaba destinado (a menos que el acusado cediera) a conducir a un proceso judicial. El quejoso podía ir a Westminster y presentarse al canciller del rey a hacer su demanda; el canciller enviaría entonces un escrito al alguacil mayor de la localidad en que se celebraría el juicio; el escrito ordenaría al alguacil mayor iniciar uno de los diversos tipos de procesos para resolver el asunto en el tribunal de los jueces del rey.

Dos ejemplos mostrarán la diferencia entre el antiguo "decreto ejecutivo" y el nuevo "escrito judicial" (llamado a veces "escrito retornable", pues había que llevarlo al tribunal).

El decreto ejecutivo es del periodo 1087-1091:

> Guillermo, rey de Inglaterra, a R[anulfo], hermano de Ilger, saludos. Os ordeno y mando dejar que el abate Heriberto reciba la mitad de la tierra de Sawtry que el *reeve* Ailwino ha ocupado y que hoy ocupa por fuerza Walter de Beaumais, como lo he ordenado por mi decreto. Y mirad que no oiga yo nueva queja de ello por contumacia, so pena de pagar 10 libras. Testigo: Ranulfo, capellán del rey.[51]

El escrito judicial fue tomado de un tratado sobre derecho inglés atribuido a Glanvill, escrito entre 1187 y 1189:

> El rey al alguacil mayor, saludos. N. se ha quejado ante mí de que R. injustamente y sin ningún juicio, lo ha desposeído de su libre habitación en tal y tal *vill* desde mi último viaje a Normandía. Por tanto, os ordeno que, si N. os da seguridad de llevar adelante su reclamación, vos veáis que las cosas que fueron tomadas de la habitación le sean devueltas, y que la habitación y las cosas sigan en paz hasta el domingo después de Pascua. Y, mientras tanto, deberéis ver que la habitación sea revisada por doce hombres libres y rectos de la vecindad, y anotados sus nombres en este escrito. Y convocadlos por buenos emplazadores para que estén ante mí o ante mis jueces el domingo después de Pascua, dispuestos a hacer este reconocimiento. Y convocad a R., o a su baile si a él no se le puede encontrar, con garantía de prendas y otras garantías, para que esté ahí para oír el reconocimiento. Y tened allí a los convocadores y este escrito y los nombres de las garantías. Testigo, etcétera.[52]

El escrito judicial logró tres cosas: *1)* establecer una concisa prueba fáctica para determinar cuál de dos partes detenta el derecho de la inmediata posesión de ciertas tierras, dejando para después la cuestión más complicada de decidir quién tiene el derecho de propiedad; *2)* someter la cuestión del hecho a una investigación jurada (un jurado) de vecinos; *3)* establecer la jurisdicción real sobre la emisión del escrito y los procedimientos del jurado.

El juicio por jurado

Desde el siglo VIII, emperadores y reyes francos habían convocado, en ocasiones, a ciertos vecinos a responder preguntas hechas por los funcionarios reales itinerantes, sobre todo, cuestiones concernientes a derechos reales consuetudinarios en la localidad e incumplimiento de órdenes reales. Los normandos habían tomado de los francos el uso ocasional de estas encuestas. Poco después de la Conquista normanda, Guillermo I efectuó una gigantesca encuesta por toda Inglaterra, vecindario por vecindario, exigiendo la revelación pública de todas las tenencias de tierra y evaluaciones fiscales; todo este censo quedó registrado con el nombre de *Domesday Book* (1085-1086).

Aparte de las investigaciones juradas normandas y francas, encabezadas por funcionarios reales, la práctica ocasional de someter las disputas al juicio de un grupo de vecinos para su decisión fue un rasgo del derecho local germánico. Además, en el siglo XII, unos tribunales eclesiásticos ocasionalmente plantearon cuestiones de culpa o inocencia a grupos de doce; y el padre de Enrique II, Godofredo de Anjou, había autorizado el juicio por investigación de los casos civiles importantes en Anjou y Normandía. Así, vemos que la idea de convocar a un grupo de personas —se consideró que doce era un número apropiado, tal vez hasta mágico— para dar información bajo juramento en un proceso solemne y aun rendir juicio en un caso, distaba mucho de ser nueva (aunque no se la practicara extensamente) cuando Enrique ascendió al trono inglés.

La novedad de lo que hizo consistió en combinar el uso de la investigación con su nuevo sistema "judicializado" de escritos, poniendo así el juicio por investigación, como cosa regular, al alcance de todo el público en ciertos tipos de casos civiles dentro de la jurisdicción real. El artículo 9 de las Constituciones de Clarendon de 1164 autorizaba el uso de la investigación ("reconocimiento") para determinar si cierta tierra en particular *(utrum)* estaba ocupada por tenencia eclesiástica o laica (el *assize utrum).* En 1166 otra asamblea real, probablemente también celebrada en Clarendon, estableció el juicio por investigación en caso de reclamaciones de restitución de tierras, basado en el alegato de que el quejoso había estado en posesión y sido recién desposeído por el acusado. Su aplicación fue llamada *assize* [asisia]: la sesión de una nueva desposesión, aunque la palabra *assize* con el significado de "sesión" originalmente se refiriera a una asamblea solemne. (Con el tiempo, a la investigación misma llegó a llamársele *assize;* a los jurados, se les llamó así porque juraban responder a una pregunta que se les hacía; los jueces que presidían la investigación fueron llamados "jueces de *assize",* y por último, las sesiones del tribunal de circuito fueron llamadas "las *assizes".)*

Poco a poco, también otras cosas parecieron apropiadas para que las resolviera un jurado. En 1176 se decretó que la cuestión de quién tenía derecho a la posesión al morir un terrateniente debía ser decidida por investigación (la *assize de mort d'ancestor).* Más adelante, se inventó la *assize* de última presentación *(darrein presentment)* para determinar cuál de las dos partes había ejercido por última vez el derecho de presentar a una persona como candidato a beneficio del clero, al quedar vacante éste. En 1179 se autorizó la investigación, como opción para el acusado, de acuerdo con el "escrito de derecho" —escrito que planteaba la cuestión del pleno derecho, y no sólo de la anterior posesión— como alternativa al juicio por combate. De este modo, el procedimiento para establecer el "derecho" (en el sentido afín a propiedad) quedó asimilado al procedimiento para establecer la *seisin* [posesión] de acuerdo con las llamadas *assizes* de posesión, a saber, nueva desposesión, *mort d'ancestor* y *darrein presentment.*

En todo ello hemos de notar cuatro puntos importantes. Primero, el uso regular de un pequeño grupo de vecinos para resolver casos, antes de que surgieran los jueces reales, en el derecho inglés, en casos civiles; sólo dos generaciones después fue llevado al derecho penal. En segundo lugar, la investigación no revisaba pruebas, sino que respondía a una pregunta o a preguntas *de facto* sobre la base de lo que se sabía antes del juicio. En tercer lugar, dado que los jurados eran vecinos y de antemano tenían noticias sobre las preguntas que se les harían al presentarse los jueces visitadores, por lo cual podrían responder a las preguntas sin un prolongado proceso de interrogación de los testigos en el jurado, fue posible que unos cuantos jueces —25 en total, contando tanto el tribunal de las quejas comunes como los jueces en circuito— se encargaran de los asuntos judiciales de

todo el país. En cuarto lugar, la decisión de los casos por veredicto de los jurados de la población local, bajo la dirección de los jueces reales, fue una alternativa políticamente aceptable —tal vez la única alternativa— a la decisión de los casos por asambleas locales y feudales, cuyos procedimientos eran más primitivos y cuya autoridad estaba demasiado limitada a resolver los tipos de disputas interfeudales que estaban causando las mayores dificultades.

El jurado de acusación

Ni el derecho anglosajón ni el franco ni el normando habían establecido alguna distinción entre los casos civiles y los penales. La acusación por lo que hoy se llama delitos estaba, por lo general, en manos de la víctima o de sus parientes cercanos. El juicio, fuese por violación a la paz o para determinar derechos de propiedad u otros, se hacía por ordalía o compurgación; los normandos añadieron el combate. En los tiempos anglosajones, la parte culpable había de indemnizar a la víctima o a sus parientes, pero los normandos modificaron esto en los casos de felonía: si el acusado perdía, era inmediatamente ahorcado o mutilado (habitualmente, sacándole los ojos), sus tierras recaían en su señor feudal y sus bienes eran entregados al rey. El concepto mismo de felonía parece haber sido introducido en Inglaterra por los normandos. El término se refería originalmente a un perjurio de fe entre el hombre y su señor. De este modo, no sólo los parientes, sino también un señor o un vasallo, tenían derecho de entablar una acusación, llamada "apelación de felonía". (En este enunciado, el término "apelación" no tenía las connotaciones que tiene hoy.)

Una obvia desventaja de la apelación de felonía como medio de controlar la violencia era que se necesitaba un enorme espíritu cívico para iniciar un proceso. El "apelador" no conseguía nada en caso de ganar, y en cambio era multado en caso de perder. El móvil básico para lanzar una apelación de felonía era vengar a un pariente o la relación feudal, o bien inducir a la otra parte a llegar a un arreglo monetario. Si la prueba era por combate, los riesgos eran enormes: los dos bandos combatían de la mañana a la noche, a muerte o hasta que una de las partes se rindiera: los guerreros con espada, las clases inferiores con pesadas mazas y, si se rompían, con dientes y uñas. Si el juicio era por ordalía, el resultado sería especulativo: a juzgar por los relatos de la época, la mayoría de la gente era absuelta. También había obvias desventajas en la prueba por compurgación ("la seguridad de la ley"): mucho dependía de quién (acusado o acusador) tuviera el beneficio de la prueba.

El rey, encargado de mantener la paz y, en el caso de Enrique II, decidido a reducir la violencia en el reino, no podía obligar con eficacia a la gente a hacer apelaciones de felonía. Un recurso para contener la delincuencia que le habían dejado sus predecesores, era el método de *frankpledge,* según el

cual los alguaciles mayores, nombrados por el rey, podían examinar a los grupos de *frankpledge* por delitos no denunciados y podían imponer multas. Pero esto no libró a la nación de los asesinos, violadores, salteadores, merodeadores y otros delincuentes que asolaban los campos. Además, Enrique I, el abuelo de Enrique II, había exigido que representantes de los cientos y los *shires* entregaran los felones a los jueces itinerantes; pero ésta sólo fue una práctica intermitente

Debe recordarse que el rey no tenía una fuerza policiaca, y sin duda le habría sido imposible crearla. Ya era bastante reclutar un ejército de caballeros reservistas con obligación de prestar cuarenta días de servicio militar cada año. Aun si hubiese podido pagar una fuerza policiaca, no le habría sido posible controlarla. Habría tenido que enrolar a los barones en un servicio civil, así como el papa había hecho con sus obispos; pero el rey no tenía con los barones la misma relación que el papa con los obispos: no estaba facultado para nombrarlos, deponerlos o transferirlos.

La solución que adoptó Enrique II para contener la delincuencia fue, una vez más, la investigación jurada: en este caso, la obligación de informar de las felonías a los jueces itinerantes. La Sesión de Clarendon de 1166 decretó que por investigaciones juradas debían entregarse a los jueces, cuando llegaran, todas aquellas personas sospechosas de asesinato, robo o asalto, o de albergar a quienes cometieran tales delitos, así como todas las personas sospechosas de falsificación o incendio. Todos esos sospechosos serían juzgados, al punto, según la prueba del agua fría. Ésta era una regularización y sistematización de las prácticas anteriores, intermitentes y menos bien definidas de Enrique I, así como de anteriores reyes francos anglosajones. Sin embargo, en el pasado las personas denunciadas por sus vecinos habían logrado librarse por medio de compurgación (ayudadores de juramento), mientras que en adelante tendrían que someterse a la prueba de la ordalía ante los jueces reales.[53]

Debe notarse, ante todo, que los jueces tenían acceso a los registros que llevaban funcionarios locales, los cuales comprobaban después ante los jurados, cuyos nombres estaban escritos en una lista. Luego interrogaban a los jurados con respecto a las diversas cuestiones así anotadas, que habían surgido desde su última visita. En segundo lugar, si los jurados —gran número de los cuales se reunían en cada visita, doce de cada ciento, cuatro de cada *vill*— ocultaban un delito o hacían una acusación descabellada, serían multados por los jueces. En tercer lugar, no se abolieron las apelaciones de felonía, pero si por alguna razón una apelación de felonía fallaba por causa de algún tecnicismo (y los tecnicismos eran muchos), los jueces sólo tenían que preguntar a los jurados reunidos si sospechaban del acusado, y si la respuesta era afirmativa, lo enviarían al agua fría. Un solo juez (o una "banca" de tres) podía disponer de cientos de casos en pocos días. En palabras de John P. Dawson, el recurso de presentación al jurado "fue de extraordinaria eficiencia, una gran invención". Por otra parte, como dice

Dawson, "aquello difícilmente podría considerarse como una salvaguardia de las libertades locales".[54] Las multas por no presentación o por presentación defectuosa eran muchas y graves. Como en el método de *frankpledge*, la intención era obligar a las personas a informar unas de otras.

Cabe notar que Enrique II no extendió el *juicio* por jurado, en contraste con la *acusación* por jurado, a los casos penales. Eso llegó después, tras la abolición de las ordalías por el Cuarto Concilio Lateranense, en 1215.[55] Tampoco abolió las apelaciones de felonía. Sin embargo, las personas denunciadas por investigación jurada sólo podrían ser juzgadas por la prueba del agua fría; en contraste con las personas acusadas en privado por apelación de felonía, no se les podía juzgar por la prueba del fuego (hierros candentes o agua hirviendo), la prueba de combate o la prueba de la ley (compurgación).

Las formas de acción

Al considerar la revolución jurídica efectuada por Enrique II, debemos recordar que antes de su reinado la jurisdicción real había sido una jurisdicción extraordinaria, tanto en el sentido técnico como en el no técnico de la palabra. Aparte de los tribunales eclesiásticos y urbanos, la jurisdicción *general* sobre cuestiones legales *ordinarias*, había estado confinada a los tribunales locales y feudales, que no eran tribunales profesionales, sino asambleas de vecinos y de miembros del señorío. Lo que hizo Enrique II no fue abolir la jurisdicción local y feudal, sino crear una jurisdicción real *coexistente* para casos ordinarios que trataran de tipos particulares de demandas —y eran bastante numerosos— que repercutieran directamente en la paz. De este modo, en la Sesión de Clarendon de 1166, Enrique enumeró aquellas felonías particulares que eran lo bastante graves para justificar su intervención directa. De manera similar, en cuestiones de propiedad Enrique identificó, mediante los escritos que puso a disposición de los peticionarios, los tipos de reclamaciones particulares que serían remediables en los tribunales reales. Las reclamaciones de propiedad todavía podían llevarse a los tribunales feudales. Los casos penales y civiles aún podrían juzgarse en tribunales eclesiásticos. Pero por vez primera, toda una serie de tipos particulares de casos también pudieron ser juzgados, por derecho propio, por los jueces del rey.

La clave de la jurisdicción real era el tipo de demanda en cuestión: el tipo de felonía de que habría que informar a los jueces en circuito por el tipo de vecindad o el tipo de escrito concedido por la cancillería del rey al que tratara de remediar calamidades civiles. En otras palabras, el rey no decía que estuviese dispuesto a poner remedio judicial a todo el que hubiese sido injustamente perjudicado, cualquiera que fuese la causa. Decía, en cambio, que estaba dispuesto a dar particulares remedios judiciales a ciertas clases particulares de casos. La clasificación de los delitos juzgables en los

tribunales reales en función de los remedios que tales tribunales podían dar fue el rasgo característico de la justicia real, que dio su estilo peculiar al derecho común inglés.

La alternativa disponible era el estilo del derecho canónico, que establecía teorías generales de responsabilidad legal. Los tribunales episcopales podían atender cualesquiera casos en que se hablara de pecado, y el pecado se descomponía en las categorías sintetizadas a partir del derecho romano: violación de contrato, daños a personas o propiedades, retiro de propiedad perteneciente a otro, fraude, etc. Enrique II estaba familiarizado, al menos en lo general, con el derecho canónico tal como se practicaba en los tribunales de la Iglesia y con el derecho romano como se enseñaba en las universidades. Tal vez le habría gustado establecer una jurisdicción real tan completa como la de la Iglesia. Lo que hizo fue declarar, al menos en 1164, que si surgía una disputa sobre si una parcela de tierra en particular había sido otorgada a la Iglesia o no lo había sido, el demandante podía acudir al canciller del rey y solicitar un escrito, en el cual se ordenaría al alguacil mayor que reuniera a cierto número de hombres del vecindario para que dijesen a los jueces del rey si la tierra había sido otorgada o no a la Iglesia; y al declarar en 1166 que si una persona afirmaba haber sido dotada con tierras libres y luego había sido desposeída, el canciller emitiría un escrito ordenando al alguacil mayor reunir a cierto número de varones del vecindario para que dijesen a los jueces del rey si el demandante había sido provisto en cierto tiempo y si el acusado lo había sacado de sus tierras; y para que dijesen, en otros momentos, qué otros tipos de demandas eran remediables en los tribunales reales, mediante escritos en que se ordenaba que incluyesen ciertos tipos particulares de preguntas en las investigaciones a las que convocarían los jueces reales.

El escrito, en suma, definía la teoría del argumento del demandante y establecía el procedimiento por el cual se había de decidir. Sin embargo, su efecto se extendió mucho más allá del caso individual. Se dio por sentado que en casos similares se otorgarían escritos similares. Cuando personas agraviadas presentaron nuevos tipos de demandas a la cancillería del rey, el canciller inventó nuevos tipos de escritos, sobre el declarado principio de que "donde hay un mal, hay un remedio". La multiplicación de escritos estereotipados equivalió a una actividad legislativa sustantiva, envuelta en las formas del proceso judicial. Así, a finales del siglo XII, además de los remedios a la violación de los derechos de propiedad y posesión (escritos de derecho, *novel disseisin, mort d'ancestor* y *darrein presentment),* el canciller también otorgó escritos por deuda de dinero que el quejoso reclamaba como su propiedad, escritos por desposesión de artículos que el quejoso afirmaba que eran suyos, escritos de prenda por devolución de tierras comprometidas como garantía por una deuda que ya había sido pagada, escritos de *replevin* por recuperación de artículos entregados como prenda por una obligación ya cumplida o escritos de contrato por violación de un instrumento sellado. En el siglo XIII se crearon otros muchos tipos de escritos, los más importantes de los cuales fueron varios escritos de transgresión *(transgressio,* "injusticia"), como transgresión por allanamiento forzoso de la tierra, transgresión por haber tomado artículos por la fuerza y transgresión por asalto y golpes a persona. De los escritos de transgresión dependió, a la postre, gran parte del moderno derecho inglés y norteamericano de daños y contratos.[56]

Para el año 1300 ya había centenares de diferentes escritos, cada uno de los cuales era, en efecto, a la vez una afirmación de política (proteger ciertos intereses contra violaciones) y afirmación de la jurisdicción real. La base original de estas dos aserciones, a saber, proteger la paz del rey contra el uso de la fuerza y de las armas, para entonces había cedido ante unas consideraciones mucho más complejas. Lo que había empezado como una respuesta al desafío de la anarquía y de la violencia y a la competencia de los tribunales locales, feudales y eclesiásticos, se había convertido en el meollo de toda una estructura de gobierno.

La doctrina de "seisin"

Las violentas luchas por derechos de la tierra no sólo eran una pugna por la riqueza, sino también, lo cual es más significativo, una pugna por el poder político, ya que el derecho a la tierra llevaba consigo el gobierno de la comunidad que vivía en esa tierra y la trabajaba y también entrañaba relaciones políticas con autoridades feudales superiores. Para establecer un sistema capaz de resolver pacíficamente tan complejas luchas político-económicas, Enrique II necesitó más que nuevas técnicas de adjudicación por medio de tribunales profesionales, escritos judiciales, investigaciones reales y formas de acción; también necesitó una nueva prueba sustantiva de tenencia de la tierra, que pudiese abrirse paso a través de la maraña de los intereses económicos y políticos en juego. Y encontró esa prueba en el concepto de *seisin.*

El derecho romano clásico y posclásico había establecido una marcada distinción entre propiedad y posesión. En términos muy generales, la propiedad, en el derecho romano, era tratada como concepto unitario: o se tenía propiedad o no se la tenía; y si se la tenía, se tenían plenos derechos de posesión, uso y disposición. Este concepto —aun cuando muy condicionado— no era adecuado para describir la tenencia feudal de la tierra, en que cada parcela estaba sujeta a los derechos de superiores e inferiores en la jerarquía feudal. Era difícil decir que un señor "poseía" una tierra que le había sido concedida a condición de prestar servicios y que a su muerte sería vuelta a poseer por su señor superior, hasta que su heredero pagara una "compensación". Es parte de la esencia misma del derecho feudal —o al menos, del derecho feudal occidental— el que hubiese intereses divididos en la tierra, y no una propiedad absoluta e indivisible.

La concepción romana clásica y posclásica de posesión también era inadecuada para resolver los problemas de las tenencias de tierras feudales. Según el derecho romano, la posesión separada de la propiedad sólo recibía una protección limitada: si un no propietario en posesión de la tierra era expulsado por la fuerza armada *(vi et armata),* tenía el derecho de ser restaurado siempre que el acusado no fuese el propietario. De este modo, la cuestión de la propiedad asomaba, amenazante, en el fondo, aun en este caso. También en el caso de desposesión no por fuerza, sino por dolo, el no propietario podía entablar una demanda, pero no contra un poseedor ulterior. Por último, la posesión en el derecho romano clásico y posclásico quedaba identificada a la ocupación *de facto* y el control de cosas tangibles, es decir, tierras y bienes. No se podían "poseer" derechos incorpóreos como el derecho a servicios o el derecho a un pago monetario ("cosas reclamables"), y no se tenía un derecho de posesión distinto del resto del conjunto de derechos llamados, por su nombre unitario, "propiedad".

Durante largo tiempo, la Iglesia había luchado con el problema de la posesión en un marco totalmente distinto del que presuponían las doctrinas romanas clásicas. Con frecuencia habían surgido disputas entre personas que reclamaban un mismo obispado o abadía. Cuando uno de los pretendientes arrojaba al otro por la fuerza, los concilios eclesiásticos y los papas habían decretado que el anterior poseedor tenía derecho de ser restaurado en su posesión antes de que se decidiera la cuestión de quién era el pretendiente legítimo. A este respecto debe subrayarse que un obispado o una abadía era un tipo nuevo de entidad legal, una fundación, no tierra ni bienes, pero que implicaba muy extensos derechos a tierras y bienes, y también derechos a cargos y servicios así como a otros derechos incorpóreos.

Graciano, en su tratado de 1140, coleccionó los diversos decretos antiguos pertinentes y de ellos sacó un principio mucho más general del que antes fuera reconocido. Citando los decretos que trataban de "expoliación" (despojo) como defensa afirmativa en los procesos contra obispos y abades, Graciano presentó un caso concreto, y lo analizó en términos de "preguntas". Su primera pregunta era "si debe hacerse restitución a cualquiera que haya sido desposeído". Su respuesta era afirmativa; al elaborarla, declaró Graciano que cualquiera (no sólo un obispo o abad) tenía derecho a restitución de todo lo que se le había quitado, fuese por fuerza o dolo, incluso derechos y poderes así como tierras y bienes, y que el remedio no sólo iría en contra del delincuente inicial, sino también contra subsiguientes ocupantes. La regla de Graciano fue llamada el *canon redintegranda* ("canon de restitución"). En glosas ulteriores se interpretó el *canon redintegranda* diciendo que no sólo implicaba una defensa afirmativa, sino también una acción independiente, la *actio spolii*, o "acto de despojo".[57]

Enrique II y sus juristas hicieron por el derecho inglés lo que Graciano y sus sucesores hicieron por el derecho canónico. Crearon una acción contra el despojador totalmente independiente de la propiedad, acción para la cual ni siquiera la propiedad del acusado era defensa. De este modo, un vasallo quedaba protegido contra la expulsión forzosa por su propio señor. Al mismo tiempo, Enrique y sus juristas hicieron que esta acción sirviera no sólo para la recuperación de tierras, sino también de artículos y de derechos incorporados, y para la recuperación de éstos, no sólo contra el despojador por fuerza, sino también contra el despojador por dolo y contra los ulteriores ocupantes. El quejoso sólo tenía que demostrar su posesión previa y una injusta desposesión. Ésta fue la sesión de nueva *disseisin,* puesta en vigor en 1166; tuvo paralelo en todos los demás países de Europa occidental.

El ensanchamiento de la posesión para incluir la posesión de derechos y no sólo de tierra y bienes, y el ensanchamiento del remedio por desposesión para que incluyera la restitución, aun por el verdadero propietario, incluyó una transformación sutil pero importante del concepto mismo de posesión. Se encontró una nueva palabra para este concepto transformado, no sólo en Inglaterra, sino por toda Europa occidental: *seisin* (en latín, *saisina).* La *seisin* era más que la ocupación o control fáctico; era un *derecho* de ocupar y controlar, un derecho de "ocupar" tierras, cosas o derechos incorpóreos: se podía "ocupar" un cargo o una libertad o un derecho de patronato, o servicios feudales de varias clases. El alcance de este derecho era definido en parte por los remedios disponibles para aplicarlo, a saber, los remedios "posesorios", uno de los cuales, la nueva *disseisin,* convertía en efecto la cuestión de la propiedad en una cuestión de daño. Que la *seisin* significaba más que la ocupación y el control físicos es evidente por el hecho de que un quejoso que fuera en peregrinación podía, mediante el escrito de "nueva *disseisin",* recuperar su *seisin* contra alguien que hubiese ocupado injustamente sus tierras mientras él estaba ausente. A esto se le llamó *seisin animo ("seisin* mental"), en contraste con la *seisin corpore ("seisin* física").

En el derecho romano no había un equivalente al concepto europeo de *seisin.* El paralelo más cercano era la posesión, que en el derecho romano era simplemente un hecho o un acto y que, en sí mismo, con raras excepciones, no generaba derechos. En el derecho romano, la fuente de derechos en tierras y propiedades, incluso el derecho de poseerlas, era la propiedad; sin propiedad o sin los derechos derivados de la propiedad (como en el caso de un alquiler) la posesión era, en el mejor de los casos, neutral, y en el peor, ilegal. En cambio, en Europa en las relaciones de propiedad tanto eclesiásticas como feudales, la propiedad quedó típicamente dividida, a menudo entre muchas partes. Los europeos crearon el concepto de *seisin* para establecer las propiedades del legítimo posesor, quien no derivaba de la propiedad su derecho de posesión. En una forma u otra, la acción de nueva *disseisin* —en Inglaterra, Normandía, Sicilia, Francia, en los ducados alemanes y en otras partes— daba al poseedor

legal, y también a quien tuviese un derecho de posesión, un derecho de ser *reseised* (reposeído) contra alguien que injustamente lo hubiese *disseised*.

La sesión de nueva *disseisin,* que Bracton, escribiendo unos noventa años después, dijo que había sido "excogitada e inventada después de muchas noches en vela", fue uno de los grandes recursos de Enrique II para arrancar jurisdicción a los tribunales baroniales en las disputas por tierras. "La propiedad de la tierra puede ser cuestión para los tribunales feudales: el propio rey protegerá por escrito real e investigación de los vecinos toda *seisin* de una tenencia libre."[58]

Enrique II fue más lejos. Decretó que donde una persona entablara pleito en un tribunal feudal contra la *seisin* de otra, por motivo de propiedad, el acusado podía llevar el caso para ser juzgado en el tribunal del rey por una investigación de doce "reconocedores", escapando así del juicio feudal por combate como de la investigación más solemne y elaborada llamada "la gran sesión", que se empleaba para poner a prueba la cuestión de la propiedad, en contraste con la cuestión de *seisin.*

Mediante estos recursos y otros, Enrique II estableció el principio de que nadie necesitaba responder por su libre tenencia sin un escrito real. Por medio de las *asisias* de posesión, el demandante podía llevar la cuestión de *seisin* al tribunal del rey; por medio de la gran sesión, la cuestión del derecho podía ser llevada al tribunal del rey por el acusado cuya *seisin,* alegábase, había sido defectuoso. En palabras de un distinguido historiador francés del derecho inglés, "Enrique II empleó la distinción entre *seisin* y derecho [de propiedad] —distinción canónico-romana— para arrancar el poder a los barones".[59]

De esta manera, una parte sustancial del derecho de propiedad y la ley de delitos civiles, que antes había sido cuestión de costumbre local, se convirtió en cuestión de derecho real, así como una parte sustancial del derecho penal local se "monarquizó" mediante el recurso del jurado acusador. Es esta expansión histórica de la jurisdicción real en el reinado de Enrique II la que muestra el origen del derecho común inglés, aunque el enunciado "derecho común inglés" sea de origen posterior. En realidad, en los siglos XII y XIII, "derecho común" *(ius commune)* era básicamente un concepto del derecho canónico: era esa parte del derecho canónico (la mayor parte) que era aplicable en los tribunales eclesiásticos por toda la cristiandad, en contraste con la costumbre canónica local (llamada *lex terrae,* "ley de la tierra"), que era de aplicación local. El derecho romano también era llamado *ius commune,* pues se le consideraba como un cuerpo de principios y reglas teóricos de validez universal. Y, sin embargo, la ausencia de la expresión "derecho común" en el derecho inglés y su ulterior importación, partiendo del derecho canónico o posiblemente del derecho romano o de ambos, no oscurece, sino que en cambio ilumina el punto crítico: que Enrique II creó el derecho común inglés por medio de una legislación que establecía remedios judiciales en los tribunales reales.

La ciencia del derecho común inglés

No es coincidencia que la revolución de la técnica y de la práctica jurídicas efectuada en tiempos de Enrique II fuese acompañada por la redacción del primer tratado sistemático sobre el derecho común inglés, el *Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England (Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae),* de Glanvill. En efecto, este libro resumió las reformas jurídicas de Enrique.

El tratado —habitualmente fechado cerca de 1187, casi un decenio después de la publicación de otro importante libro de derecho inglés (pero mucho menos sistemático), *The Dialogue of the Exchequer*— evidentemente no fue escrito por Glanvill, quien fue juez durante los reinados de Esteban y de Enrique II, sino muy probablemente por su sobrino, Huberto Walter, quien fue arzobispo de Cantorbery en 1193 y quien gobernó Inglaterra de 1193 a 1198 mientras Ricardo I estaba en su cruzada. La probabilidad de que el autor de Glanvill fuese un clérigo importante —Huberto Walter no sólo era arzobispo, sino también legado papal— confirmaría la idea de que el derecho inglés en su periodo formativo fue poderosamente influido por ideas jurídicas eclesiásticas.

Al mismo tiempo, en el libro no se habla para nada de derecho canónico. Su autor eclesiástico se limita principalmente a un resumen del derecho real inglés: el derecho, como algo distinto de la administración, y real como algo distinto de local, feudal y eclesiástico. Éste es un hecho de gran significación no sólo legal, sino también política. En las primeras palabras del tratado declara su autor:

> Al poder real no sólo hay que darle armas contra los rebeldes y las naciones que se levantan contra el rey y el reino, sino que también se le debe adornar con leyes para el gobierno de los pueblos sometidos y pacíficos; de modo que en tiempo de paz y de guerra nuestro glorioso rey pueda cumplir tan bien con su cargo que, aplastando el orgullo de los desenfrenados y los ingobernables con la mano diestra de la fuerza y moderando la justicia para los humildes y los mansos con el cetro de la equidad, pueda salir siempre victorioso en las guerras con sus enemigos y también mostrarse continuamente imparcial en su trato con sus súbditos.[60]

De este modo, "Glanvill" puso las leyes del rey con sus ejércitos como base de su autoridad. Y con ello legitimó el poder real.

Además, las leyes de Enrique II fueron reproducidas en el tratado y llamadas "beneficios reales concedidos al pueblo por la bondad del rey, siguiendo el consejo de sus magnates". Así, el poder legislativo del rey quedó justificado, y a sus decretos se les dio permanencia como parte de las "leyes y costumbres de Inglaterra".

En ese marco, el hecho mismo de que se le pusiese por escrito tuvo importancia. Que el derecho real estuviese escrito le dio una cierta digni-

dad, acaso un carácter sacro. La escritura también dio a la ley una cierta fijeza, una cierta estabilidad. Además, echó una base para mayor elaboración y, por tanto, para el cambio orgánico. El tratado de Bracton, escrito durante los siguientes setenta años, se edificó sobre el de Glanvill.

Por último, el tratado de Glanvill enfocaba el procedimiento, especialmente los decretos. Distaba mucho de ser tan profundo o filosófico como el de Graciano. Al comienzo aparece un poco de teoría política, pero pronto el autor dedica sus energías a reproducir varios tipos de decretos, con sólo ocasionales argumentos que explican sus virtudes. ¿Por qué es así? Al menos, parte de la respuesta es que la autoridad legal del rey se basaba en su dominio de un procedimiento para resolver conflictos que estaba mucho más desarrollado, era más refinado y más racional que lo que se encontraba en los tribunales locales y feudales. El rey aún no estaba en situación de legislar muchas normas sustantivas de los derechos de contratos, propiedad o delito civil, ya no digamos cuestiones como derecho de familia y de herencia, que eran de la competencia exclusiva de la Iglesia. Pero el rey había establecido —por vez primera— un tribunal central de jueces profesionales para atender casos por toda la nación, casos comenzados por los escritos emitidos por su canciller. Al enfocar básicamente los decretos, el libro de Glanvill hizo historia para los propios decretos al definir tipos particulares de remedios para tipos particulares de daños y creó lo que el historiador inglés J. E. A. Jolliffe ha llamado "una revolución de la ciencia jurídica".[61]

El énfasis en los procedimientos es importante no sólo como expresión del poder real, sino como limitación a éste. El rey había extendido grandemente su jurisdicción contra los tribunales feudales y eclesiásticos; pero las condiciones de su afirmación de la jurisdicción real quedaron expresamente declaradas y, en adelante, servirían como limitaciones. La catalogación de tipos de remedios, así como la declaración de los procedimientos para invocarlos, definía la jurisdicción real. Así, volviendo a citar a Jolliffe, "el crecimiento de la definición" como medio de confinar el poder, que fue aplicado tanto al poder eclesiástico como al feudal, también fue aplicable al poder real.

Ninguna afirmación del poder real absoluto o de la omnicompetencia real como la que se encuentra en la legislación del rey Rogerio II de Sicilia aparece en la legislación de Enrique II ni en el tratado atribuido a Glanvill. Por lo contrario, Glanvill, al definir la jurisdicción real en términos de decretos, limitó esa jurisdicción. En palabras de Maitland, el gobierno de los decretos es la soberanía del derecho. Desde luego, no podría evitarse que el rey usurpara un poder que estaba más allá de los límites que él mismo se había fijado; sin embargo, hacerlo sería debilitar la confianza pública en la legalidad en que se basaba su propia legitimidad y, por tanto, aumentaría la probabilidad de tener que recurrir a la ineficiencia de la fuerza para conservarse en el poder. Esto se halla implícito en el análisis que hace

Glanvill del doble carácter del poder real: su necesidad de las armas militares para someter a los rebeldes y a los enemigos extranjeros y su necesidad de leyes justas para gobernar a unos súbditos pacíficos. Dos generaciones después, el concepto de Glanvill fue llevado mucho más lejos en el *Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England*, de Bracton. También Bracton empezó diciendo: "Para gobernar bien, un rey necesita dos cosas: armas y leyes". Sin embargo, procedió después a decir que el poder mismo del rey se derivaba de la ley —era *lex* la que lo hacía *rex*—, y que cuando sólo gobernaba por la fuerza de las armas dejaba de ser rey.

Normandía

El ducado de Normandía nos ofrece una clave de la unidad de la civilización occidental a finales del siglo XI y comienzos del XII.

En la época en que los normandos conquistaron Inglaterra, los duques normandos ya habían establecido la primera entidad territorial centralizada y de grande escala en el continente europeo. Por todo el inmenso ducado —aproximadamente tan grande como todas las entidades anglosajonas juntas y varias veces mayor que los territorios gobernados por el rey de Francia— ningún señor podía edificar o mantener un castillo sin autorización del duque. Cada señor le debía servicio militar al duque. Éste no sólo tenía el monopolio de la acuñación de moneda en su reino, sino que una red de funcionarios ducales, llamados *vicomtes* ("vizcondes", *sheriffs* en inglés), controlaba el gobierno local, mandaba los contingentes militares locales, ocupaba los castillos, recaudaba los impuestos y celebraba tribunal. Además, el duque era el gobernante de las iglesias que hubiese dentro de su territorio; tenía poderes para nombrar a obispos y abades y para presidir los sínodos provincianos. Era el gobernante sacro, el vicario de Cristo, como se le describe en el *Anónimo normando* de comienzos del siglo XII.[62]

La historia —especialmente la historia jurídica— del ducado de Normandía, como la del reino normando de Sicilia, no ha sido muy comentada por los historiadores modernos porque el propio ducado dejó de ser una entidad política independiente durante el siglo XIII. En una época de historiografía nacionalista, los países que con el tiempo "no la hicieron" han caído en el olvido —como la Sicilia normanda— o se les ha tratado como parte de la historia de algún otro país: en el caso de Normandía, de la historia de Francia, que acabó por conquistarla, o bien de Inglaterra, a la que previamente había conquistado.

A pesar de todo, las instituciones jurídicas normandas ejercieron una influencia importante sobre el derecho inglés y el francés. Además, la interacción ocurrida entre las instituciones jurídicas normandas e inglesas y entre las instituciones jurídicas normandas y francesas nos muestra la

unidad esencial de los conceptos, valores y procesos jurídicos básicos de los pueblos europeos.

Habiéndose establecido en Normandía en 911, los gobernantes normandos, empezando por el duque Rollón, asimilaron las instituciones gubernamentales de los francos y demostraron ser formidables administradores. Entre los procesos jurídicos francos que adoptaron los normandos estuvo la investigación, consistente en un examen de la población local, bajo juramento, por funcionarios nombrados desde el centro. Las preguntas hechas por los inquisidores oficiales podían exigir que los interrogados dieran datos económicos o de otra índole, que entregaran a sospechosos de delinquir o que declararan si los cargos hechos contra los sospechosos eran ciertos. Poco después de la conquista de Inglaterra, los gobernantes normandos introdujeron investigaciones de varias clases en la práctica inglesa, siendo la más célebre el famoso censo fiscal del Domesday de 1086. Los normandos también introdujeron en Inglaterra su práctica de enviar jueces especiales a celebrar tribunales locales, y ellos establecieron un nuevo sistema de agencias centrales de finanzas en ambas entidades.

En el último tercio del siglo XII, las instituciones jurídicas fueron transformadas fundamentalmente no sólo en Inglaterra, sino también en Normandía. En ambos países hubo una maduración del sistema de jueces itinerantes, decretos judiciales, investigaciones de presentación y decisión y sesiones posesoras. En ambos se estableció una división entre la "alta" justicia real (ducal) y feudal y la "baja" justicia local. En ambos, un caso civil en los tribunales reales (ducales) se iniciaba con una carta (decreto) de la cancillería del rey. Según Charles Haskins (principal comparativista del derecho normando y del inglés en el siglo XII), el desarrollo fue, en gran parte, de Normandía a Inglaterra, y no al revés. El decreto de derecho parece haberse desarrollado simultáneamente en Normandía y en Inglaterra durante el reinado de Enrique I. Sin embargo, Normandía fue la fuente de los escritos posesores de Enrique II, y de la investigación jurada (pequeño jurado) convocada para responder a las preguntas que contenía.[63]

Haskins también atribuye el origen de la tesorería inglesa de Enrique I en parte a la experiencia de Normandía, aunque no pueda decir cuál de las dos tesorerías, la inglesa o la normanda, fue la primera. Asimismo, Enrique II introdujo similares sistemas de jueces y de bailes casi al mismo tiempo en ambos países. Sin embargo, el momento en que surgieron no es de importancia crítica. Como escribe Haskins,

> Si la investigación militar inglesa de 1166 precedió a los resultados normandos de 1172, la Sesión de Armas y la ordenanza del diezmo de Saladino fueron promulgados, primero, para los dominios continentales del rey. El orden de estas medidas acaso fuese casual, pues a un hombre del temperamento de Enrique le importaba poco dónde se hacía por vez primera un experimento, pero era imposible administrar un gran imperio según su sistema sin emplear la experiencia obtenida en una región para ventaja de otra.[64]

Un notable libro de texto sobre derecho normando en Normandía, escrito por el año 1200 y llamado el *Très ancien coutumier de Normandie,* detalla un sistema de derecho notablemente similar al descrito un decenio antes en *On the Laws and Customs of the Kingdom of England*, de Glanvill.[65] Si uno de nosotros hubiese sido abogado en Inglaterra en el año 1190 o 1200, fácilmente habría podido pasar a Normandía para practicar ahí el derecho sin tener que adquirir muchos conocimientos nuevos. Tomás Brown, barón de la tesorería siciliana durante dos o tres décadas, y luego de la inglesa por otras tantas, habría podido pasar a la tesorería del ducado de Normandía sin encontrar ahí grandes sorpresas; de manera similar, un juez normando habría podido pasar del tribunal de Palermo al de Westminster o de Caen sin tener que aprender muchos conocimientos sustanciales.

El capítulo 7 del *Très ancien coutumier de Normandie* describe al jurado convocado para decidir disputas sobre *seisin* como un jurado de doce hombres libres de la vecindad, no emparentados con ninguna de las partes. El capítulo 73 ofrece el ejemplo de un escrito de nueva *disseisin* que es virtualmente idéntico al escrito autorizado por la Sesión Inglesa de Clarendon en 1166: "Del rey o su senescal al alguacil mayor de tal y tal lugar, saludos. Ordeno a H. que reponga sin tardanza a R. en su tenencia... que entró en su poder en [cierta fecha]... de la cual después fue desposeído injustamente y sin juicio".

Pocos años después de escrito el *Très ancien coutumier*, el ducado de Normandía fue conquistado por el rey Felipe II de Francia e incorporado al Imperio francés, que él estableció. En los dos decenios siguientes, Felipe adoptó algunas de las instituciones básicas de la ley normanda para la ley real de Francia, incluyendo rasgos importantes del sistema administrativo y judicial normando. De esta manera el ducado de Normandía, por su directa influencia sobre Inglaterra y Francia, desempeñó un papel importante en la formación de la tradición jurídica occidental.

FRANCIA

La *Canción de Rolando*, escrita por la época de la primera cruzada (1099), despertó el patriotismo de los franceses —*franci*— por retratar su heroísmo y su piedad y por sus referencias a *la douce France*. Y, sin embargo, por entonces Francia apenas existía como entidad política. El rey de Francia era el amo de menos de una vigésima parte del territorio habitado por borgoñones, picardos, normandos, bretones, gascones, provenzales y una veintena de otros grandes clanes ("linajes") que componían la nación de los *franci* que lentamente iba surgiendo. Lo que el rey gobernaba era la Île de France, la región que rodeaba a las ciudades episcopales de París y Orleans y que en gran parte consistía en el dominio real patrimonial. El resto de lo que después sería Francia estaba dividido en ducados, conda-

dos y señoríos de varias clases, muchos de los cuales, en teoría, estaban ocupados en tenencia feudal del rey, pero todos los cuales, de hecho, eran muy independientes. Entre la media docena de ducados se encontraban los de Normandía, Aquitania, Bretaña y Borgoña; entre la veintena de condados estaban los de Flandes, Anjou, Tolosa, Blois, Mancha y Barcelona; algunos de sus señores —por ejemplo, el duque de Normandía y el conde de Flandes— tenían considerablemente más poder, riqueza y territorio que el rey de Francia.

Más de cien años antes, en 987, había fallecido el último rey carolingio de los francos occidentales, Luis V, quien fue sucedido por Hugo Capeto. (El título de "emperador" ya había pasado a los gobernantes francos orientales.) La dinastía capeta no había logrado mucho más que contener a sus vasallos dentro del dominio real. En el siglo XII empezó a hacer mejor las cosas. Luis VI (1108-1137) y Luis VII (1137-1180) introdujeron instituciones gubernamentales y jurídicas más avanzadas. También ensancharon su territorio mediante juiciosos matrimonios, aunque el más juicioso de éstos, el matrimonio de Luis VII con Leonor de Aquitania, terminó —después de 15 años— en divorcio, y Leonor llevó consigo su rica dote de Aquitania y Guyena a otro "francés", Enrique Plantagenet, duque de Normandía, conde de Anjou y de Maine, que pronto sería el rey Enrique II de Inglaterra.

El primer gran rey de Francia y fundador del Estado francés y del derecho real francés fue Felipe II (1180-1223), a quien generaciones posteriores llamarían Felipe *Augusto*. Por alianzas maritales y por conquista, especialmente por su victoria de Bouvines en 1214 sobre el rey Juan de Inglaterra, el emperador Otón IV y el conde Ferrando de Flandes, Felipe creó de hecho un imperio francés. Además del dominio real, es decir, la *Francia* propiamente dicha, que había crecido hasta incluir (además de la Île de France) Champaña, Blois, Borgoña, Nevers y los feudos del nordeste que se extendían hasta el Canal de la Mancha, la jurisdicción de Felipe también incluía, en todo o en parte, los ducados y condados de Normandía, Aquitania, Bretaña, Anjou y Turena, arrancados principalmente al rey Ricardo (1189-1199) y al rey Juan (1199-1216) de Inglaterra. El gran logro de Felipe consistió en establecer una estructura política y jurídica integrada que abarcaba tanto los territorios que le pertenecían por ser su patrimonio real como los patrimonios que había adquirido por medios militares o políticos. Felipe II hizo por Francia lo que Enrique II había hecho una generación antes por Inglaterra y que Rogerio II había hecho dos generaciones antes por la Italia meridional.

El "imperio" de Felipe, como los "imperios" del rey Enrique II de Inglaterra y del rey Rogerio II de Sicilia, constituía un Estado federal. En cada uno de los tres había un reino (Francia, Inglaterra, Sicilia) junto con diversos ducados, condados y señoríos que, técnicamente, no formaban parte del reino. En cada uno de los tres, las diversas entidades constitutivas —reino, ducados, condados, señoríos— conservaban cierto grado de autonomía. Cada una de las entidades constitutivas tenía su propio gobernador, fuese el rey mismo, un vasallo hereditario del rey o un funcionario nombrado por él. Cada uno tenía su propio derecho consuetudinario. Y, sin embargo, el rey también gobernaba y ponía en vigor leyes aplicables a todas las diversas entidades que había en su reino, y los tribunales del rey tenían jurisdicción sobre ciertos tipos de casos que surgieran en cualquiera de ellos.

Desde luego, Francia estaba mucho menos unificada que Inglaterra o Sicilia; incluso mucho menos que todo el territorio gobernado por Enrique II o el gobernado por Rogerio II. Esto puede explicarse por varios factores interrelacionados. Francia era mucho más grande; tenía tal vez el cuádruple o el quíntuple de la población de Inglaterra o de la Italia meridional. Comenzó más tarde su proceso de unificación. Carecía de la poderosa tradición de la monarquía y del robusto sentido jurídico de los anglosajones, por una parte, y del gran talento administrativo de los normandos, por la otra. Tal vez sus reyes carecieran de la terrible crueldad de los gobernantes normandos, de su amor a la violencia. Por último, la forma del sistema económico feudal que prevaleció en Francia también favoreció el desmembramiento político... aunque sea difícil decir cuál fue aquí, como en otras partes, la causa, y cuál el efecto.

No obstante, a partir de los dos últimos decenios del siglo XII y los dos primeros del XIII hubo en Francia un rápido desarrollo de las instituciones gubernamentales y jurídicas, paralelo al que antes había ocurrido en Inglaterra y Sicilia.

La personalidad de Felipe Augusto

Felipe II, el hijo único de Luis VII, fue criado desde la cuna para ser rey.[66] De 15 años, en 1180, sucedió a su padre. En los primeros años de su reinado frustró las conjuras de los nobles contra él, en particular los de la casa de Champaña, a la que pertenecía su madre. Su boda, en 1180, con la hija del conde Balduino V de Hainault y sobrina del conde Felipe de Flandes, volvió las tornas contra los conspiradores. Mediante habilidad diplomática y militar, Felipe se estableció como su propio amo, pese a su juventud. Ya había mostrado cualidades que eran indispensables para todos los buenos gobernantes de ese periodo.

El primer decenio de su reinado se caracterizó por cambiantes alianzas políticas con y contra Felipe de Flandes y Enrique II de Inglaterra. Durante el segundo decenio hubo una alianza con el emperador alemán (primero, Federico *Barbarroja*, y luego Enrique VI) contra Ricardo I de Inglaterra, que fue seguida a comienzos del siglo XIII por la conquista de la mayoría de las partes francesas del dominio inglés del rey: Normandía, Maine, Turena, Poitou y Anjou. La gran capacidad militar y el poderío de

Felipe llegaron a su culminación en la batalla de Bouvines (1214), donde las fuerzas francesas aplastaron a las de Flandes, Alemania e Inglaterra.

La capacidad de Felipe como político y guerrero no fue superior a su capacidad de administrador y legislador. Se rodeó de personas conocedoras del derecho, que le daban consejos y eran sus agentes. Impresionado por el genio organizador de los normandos en Normandía, Inglaterra y Sicilia, adoptó para todos sus territorios —especialmente después de la conquista de Normandía en 1203-1204— varias instituciones que se asemejaban a los jueces itinerantes y alguaciles mayores anglo-normandos. Cada vez más, cambió los servicios feudales por pagos en dinero, con objeto de sostener a sus tropas mercenarias. Y confirmó sus poderosos derechos de señorío sobre los barones. Enfrentó unos contra otros al clero, los señores feudales y las autoridades de los poblados, favoreciendo en especial a los poblados, a los que concedió un considerable autogobierno, y a los grandes mercaderes, a quienes otorgó privilegios y monopolios comerciales.

En todas estas capacidades, intereses y políticas, Felipe se asemejó a los otros grandes legisladores de su época, especialmente a Rogerio II de Sicilia, Enrique II de Inglaterra, Federico *Barbarroja* de Alemania y Felipe de Flandes. También se les asemejaba en sus rasgos personales: según sus contemporáneos, poseía gran fuerza física, le gustaban la buena mesa, el vino y las mujeres y era un cazador y espadachín infatigable. Era generoso con sus amigos y cruel con sus enemigos, combinando un fogoso temperamento con una fría reserva para contenerlo. Era un católico devoto. Aunque se retiró de la tercera cruzada al enemistarse con Ricardo II de Inglaterra, emprendió la represión de los herejes albigenses con implacable ferocidad. Siempre estuvo dispuesto a aprender de otros, a adaptar, experimentar e innovar para alcanzar sus metas. Lo que Heinrich Mitteis llama "imperturbable seguridad en sí mismo y abundantes recursos" fue la marca de su carácter, así como caracterizó a otros grandes monarcas del siglo XII y comienzos del XIII.

La confianza que tenía Felipe en la ley como instrumento del poder corría en paralelo a su fe en el derecho como instrumento de la justicia. Antes de morir aconsejó a su hijo Luis que debía "mantener la justicia para elevados y plebeyos, para pobres y ricos".[67]

El Estado francés

Felipe *Augusto* heredó una corte real *(curia regis)* que, por su espíritu y su tradición, era esencialmente feudal.[68] Consistía en magnates hereditarios y vasallos reales, clérigos o laicos, así como en funcionarios de la casa real, casi todos ellos elegidos entre los barones. Se reunía al ser convocada por el rey. Ejercía una mezcla de funciones de asesoramiento, judiciales y legislativas. Durante los reinados de Luis VI y Luis VII, el abad Suger de St.

Denis, clérigo de humilde cuna y principal consejero del rey, había ejercido una influencia importante, aumentando el poder de los funcionarios de la casa real y disminuyendo el de los magnates hereditarios y los vasallos reales. Ésta fue la tendencia que Felipe *Augusto* intensificó. Por órdenes suyas, las funciones financieras y judiciales de la *curia regis* fueron separadas de ella, y la cancillería real se volvió una dependencia coordinadora de esos departamentos gubernamentales y de otros. En estos aspectos, Felipe hizo —o empezó a hacer— por el gobierno de Francia lo que Enrique II había hecho por el gobierno de Inglaterra y Normandía, lo que Rogerio II había hecho por el gobierno de Sicilia, Calabria y Apulia, y lo que los papas, desde finales del siglo XI, habían hecho por el gobierno de la Iglesia. Lo que Felipe comenzó fue llevado a su culminación por su hijo Luis VIII (1223-1226) y especialmente por su nieto Luis IX (1226-1270).

El establecimiento de instituciones gubernamentales centrales en Francia no pudo ocurrir hasta que la autoridad gubernamental se pudo ejercer localmente, por medio de delegados reales en el territorio situado dentro de la jurisdicción del rey. Semejante combinación de instituciones gubernamentales, centrales y locales, basada en el principio de la autoridad delegada, fue ingrediente fundamental en la formación del tipo occidental de Estado. Un segundo ingrediente esencial, relacionado con el primero, fue un sistema de derecho por el cual los delegados reales podían ser guiados... y comprometidos. La anterior incapacidad de la Corona francesa para establecer en las localidades esa autoridad delegada, guiada y atada por la ley era la que había impedido la formación del Estado francés hasta la época de Felipe *Augusto*. Antes, los duques y condes franceses, y hasta barones menores, no habrían permitido que funcionarios reales entraran en sus dominios. Además, los reyes franceses no podían dar un uso eficiente de las instituciones locales de aldea y condado, como sí podían hacerlo los reyes ingleses, porque la tradición del autogobierno local estaba menos desarrollada en el reino franco que en el anglosajón y, por tanto, era más vulnerable a una intrusión de los barones feudales.

Lo que habían hecho los reyes franceses, en esas circunstancias, era gobernar su propio dominio por medio de personas del lugar, llamadas prebostes *(prévôts)*, que vivían en las tierras reales como administradores y gobernadores, recaudando ingresos, arrestando y juzgando a los delincuentes, convocando a los caballeros, etc. Por lo general pagaban a la Corona un arriendo *(forfeit)* por los derechos y poderes que ejercían, lo que era llamado una *farm (ferme)* y que se tenía como feudo, a menudo hereditario. En ocasiones el rey enviaba inspectores a vigilar a los prebostes. Este sistema no era muy distinto del que prevaleció en Inglaterra durante el siglo XI y comienzos del XII.

Felipe II aumentó el número de inspecciones y elevó la autoridad y el prestigio de los inspectores hasta el punto de crear un nuevo tipo de funcionario llamado (como en la Normandía de Enrique II) baile *(bailli)*.

La creación de la nueva institución de los bailes fue sugerida a Felipe y a sus consejeros por el baile o alguacil mayor anglo-normando del reino de Enrique II. Felipe adaptó y modificó conscientemente la institución anglo-normanda, confiando a los bailes algunos de los deberes administrativos de los alguaciles mayores y algunos de los deberes judiciales de los jueces itinerantes. Como el alguacil mayor anglo-normando, también el baile francés podía representar al rey en muy diversas cuestiones. Recibía instrucciones de él, supervisaba sus finanzas y le enviaba informes. Como los jueces itinerantes anglo-normandos, también los bailes franceses eran delegados por el tribunal del rey para atender demandas de la Corona *(cas royaux)* y, en general, para representar los derechos y las prerrogativas del rey. Por ordenanza real de 1190, los bailes recibieron instrucción de celebrar sesiones cada mes, en las cuales atenderían las reclamaciones *(clamores)*, con el consejo de cuatro hombres de confianza *(legales homines*, "hombres de derecho") de la localidad. Con el tiempo, a cada baile se le asignó una jurisdicción, que él administraba para la Corona y que presidía como juez real. Asimismo, después de 1266 surgió en algunas partes de Francia un cargo similar, el de senescal, que difería del baile, sobre todo por ser un poco más independiente de la Corona. Los bailes y senescales eran reclutados por lo regular entre la baja nobleza de la casa real; por lo general eran doctos en derecho. Siempre eran funcionarios asalariados, servidores de la Corona así como de los duques y condes intermedios.

El preboste seguía administrando su distrito, cumpliendo con las órdenes del rey y haciendo justicia en su nombre. También presidía su tribunal con el consejo de los residentes del lugar. Y de los tribunales de los prebostes de su jurisdicción se hacían apelaciones al tribunal del baile. Los tipos de casos más importantes eran juzgados en primera instancia en el tribunal del baile. El baile celebraría sesiones periódicas en los principales poblados de su jurisdicción, con la asistencia del preboste local y de los "hombres de derecho", del consejo de notables del lugar o, en ciertas zonas, de jueces laicos *(hommes jugeans)*. Lo recabado en estos casos —los considerables emolumentos exigidos a los litigantes y los impuestos fijados a las comunidades relacionados con la adjudicación— era para la Corona y para señores intermedios.

La introducción del sistema de bailes fue requisito indispensable para el desarrollo de un cuerpo judicial real, central y de profesionales. Antes de ascender Felipe II al poder, relativamente pocos casos habían sido decididos por el tribunal del rey; de 1137 a 1180, al parecer sólo hubo 85, o sea, menos de dos por año, en promedio.[69] Éstos fueron, básicamente, casos en que se hicieron reclamaciones de negativa a hacer justicia o de falso juicio contra un gran señor feudal, o casos de disputa entre un señor clérigo y una comuna urbana a la cual él había otorgado cédula de libertades. Por lo general, el rey en persona presidía. Los jueces eran grandes señores y funcionarios de la Corona, invitados por el rey a participar. Sin embargo, aún

no había un tribunal real central de profesionales, responsable de aplicar y forjar un sistema de derecho real.

En el siglo XIII surgió ese tribunal. Al principio, las sesiones judiciales periódicas de la *curia regis*, llamadas *parlements* (en el sentido de "discusiones" o "deliberaciones"), se celebraban varias veces al año. Con el tiempo, poco después de 1250, el Parlamento de París se estableció como cuerpo judicial permanente, con jueces profesionales de tiempo completo que presidían regularmente los casos civiles y penales, a veces en primera instancia pero casi siempre por apelación de los tribunales de los bailes o, con menos frecuencia, de los de duques, condes y otros señores. Más tarde el rey participaría rara vez en persona, hasta, por último, dejar de asistir. El Parlamento de París subsistió como real tribunal supremo de Francia hasta la Revolución francesa.

La creación de un real tribunal central de justicia, como en el caso de Sicilia y de Inglaterra y también en el de la Iglesia romana, fue característico del temprano desarrollo del tipo moderno de Estado occidental. Representó la combinación y a la vez la separación del poder político *(imperium)* y de la justicia legal *(iurisdictio)*: su combinación política en el cargo de la monarquía y su separación jurídica en los cargos del concejo del rey y el tribunal del rey. Francia se mostró más lenta que Inglaterra y Sicilia en centralizar la justicia real en un solo tribunal profesional, así como había sido más lenta al crear un sistema de jueces reales descentralizados. Sin embargo, con el tiempo el establecimiento de un sistema de tribunales reales permanentes y distintos sería esencial para la nueva estructura del Estado, uno de cuyos rasgos característicos fue su gran dependencia del fallo de los jueces como medio de regulación social, económica y política.

La administración real de justicia entre partes particulares significaba, a su vez, la existencia de un cuerpo de derecho real que debía aplicarse; y además se entendía que este cuerpo de derecho estaba sujeto a complementación y cambios periódicos por mano del rey. En contraste con sus predecesores, Felipe *Augusto* y sus sucesores fueron legisladores, en el sentido de que se les reconoció —como lo reconocieron ellos mismos— que tenían el derecho y el deber de promulgar regularmente leyes nuevas. Cada vez más, durante el siglo XIII los reyes franceses decretaron estatutos *(établissements)* y ordenanzas *(ordonnances)* cambiando expresamente el derecho anterior. Muchas de estas nuevas leyes reales se relacionaban con el nuevo sistema de administración de la justicia. Acaso el ejemplo más famoso sea la ordenanza de Luis IX, de 1258, que prohibía la prueba por combate y convertía el Parlamento de París en tribunal de apelaciones. Otras leyes extendieron la acuñación real de moneda a todo el reino, aplicaron un control más vigoroso a los poblados y, en general, aumentaron la eficiencia del gobierno real. En esas leyes reales a veces se declaraba que eran promulgadas "para el bienestar común de todos" o "para el provecho común del reino". Esto reflejaba la justificación que los canonistas dieran al poder

legislador del rey, expresada en la célebre definición del derecho de Santo Tomás de Aquino: "una prescripción para el bien común promulgada por uno que tiene a su cargo la comunidad".[70]

El sistema francés de justicia real

Los historiadores de la jurisprudencia tratan, a menudo, el desarrollo del sistema francés de justicia real como si hubiese tenido casi un siglo de retraso en comparación con el de Inglaterra. Señalan que en Inglaterra hubo un tribunal real central en el decenio de 1170, mientras que en Francia tuvo que llegar el decenio de 1250 para que se estableciera tal tribunal, el Parlamento de París. Sin embargo, esto es como comparar peras con manzanas. El Parlamento de París era ante todo un tribunal de apelaciones; atendía apelaciones de casos decididos en primera instancia, ya fuese por tribunales reales subordinados de prebostes o bailes, o de tribunales subordinados de duques, condes y otros señores. En contraste, los jueces reales ingleses, fuese en circuito o en Westminster, normalmente atendían casos en primera instancia, iniciados por escrito original. Por tanto, hay que comparar la jurisdicción real de Inglaterra en el siglo XII con la jurisdicción ducal y condal de entonces en los ducados y condados individuales franceses —Borgoña, Maine, Tolosa—, así como con la jurisdicción del rey en el dominio real. (En Francia, el término "condado" alude a la entidad gobernada por un conde, y no al tipo de condado inglés o *shire.)* Se debe comparar también la jurisdicción real inglesa con el sistema francés de jueces reales —bailes— establecido por Felipe II en 1190. La principal diferencia era que los bailes no eran itinerantes ni se asentaban en el centro, sino que operaban en diversos distritos. En cambio, el Parlamento de París de Luis IX hizo algo que el real tribunal central inglés no hizo: atendió regularmente las apelaciones. Esta diferencia es olvidada por quienes tratan el desarrollo inglés de "precoz" o el francés de "atrasado".

Si comparamos la justicia centralizada en Inglaterra con la justicia centralizada, no en toda Francia, sino en un gran ducado francés, encontraremos marcadas semejanzas entre ambas durante el siglo XII. Un ejemplo notable es el de Normandía, puesto que allí en el siglo XII el juicio de casos civiles importantes por jueces ducales era esencialmente similar al juicio de casos civiles importantes en Inglaterra por jueces reales; el duque normando era idéntico al rey inglés. Por entonces no había sistema de apelación de decisiones en tales casos ni en Normandía ni en Inglaterra. Un siglo después, cuando el rey Luis IX de Francia gobernaba Normandía, los casos juzgados en el tribunal ducal de Normandía quedaron, por vez primera, sujetos a apelación: al nuevo tribunal real central de París.

Al establecer un sistema jerárquico de tribunales, con un procedimiento regular para apelar de los tribunales de prebostes a los de bailes, y de los tribunales de bailes, duques, condes u otros señores al tribunal real central de París, el Estado francés se encontró considerablemente "adelante" del Estado inglés, y no "detrás" de él.

Desde luego, habría sido incongruente que los reyes ingleses hubiesen intentado formar un sistema de apelaciones, ya que según el procedimiento de los tribunales reales ingleses tales apelaciones habrían tenido que ser tomadas de los veredictos de investigaciones consistentes en respuestas de sí o no, basadas en el conocimiento previamente adquirido por los jurados, a preguntas de hecho —o de una mezcla de hecho y de ley— planteadas por los jueces reales. Lo más cerca que el derecho inglés estuvo de tales apelaciones fue el procedimiento de *attaint,* aplicable sólo en casos civiles, según el cual se convocaba a una "gran sesión" de 24 personas para revisar el veredicto de un jurado anterior. Si se le encontraba injusto, la parte dañada recibía todo lo que había perdido por razón del veredicto injusto, y los jurados originales perdían sus bienes, eran aprisionados, sus esposas e hijos eran arrojados a la calle, sus casas eran arrasadas, sus árboles extirpados y sus tierras revueltas con arado.

El sistema francés de procedimiento de juicio civil y penal no fue al principio —es decir, durante el siglo XII y comienzos del XIII— muy diferente del inglés. Desde luego, no en los tribunales centrales, pero sí en los tribunales ducales y condales centrales, así como en los tribunales locales de prebostes y bailes, los jueces presidían tribunales de laicos. El fallo del tribunal no era dado por el funcionario que presidía, sino por los laicos "servidores". Esta división del tribunal en un presidente y varios servidores *(suitors)* se remontaba en el tiempo —así como el jurado inglés— a la investigación practicada por los francos. El depender de la gente del campo para que participara en el juicio de casos se intensificó con la legislación de Felipe *Augusto* al establecer los tribunales de bailes. La institución de la "investigación por el pueblo" *(enquête par turbe)* también se creó para determinar las costumbres locales: se convocaba a doce hombres para que declararan las costumbres, y su opinión unánime era expresada por su portavoz.

El sistema francés pasó por grandes cambios en la segunda mitad del siglo XIII y en adelante. Como lo ha mostrado John P. Dawson, el procedimiento francés se volvió más docto y más complejo.[71] Abogados con preparación profesional aparecieron no sólo al nivel de apelación, sino también en los tribunales de prebostes y bailes así como de duques y condes y hasta de señores menores. Con el tiempo, en los siglos XIV y XV, no sólo el Parlamento de París, sino también los jueces de tribunales inferiores, aun en casos de juicio, seguían un procedimiento escrito similar al del derecho canónico: las partes intercambiaban declaraciones escritas de sus pretensiones y defensas; había interrogatorios escritos y testimonio jurado de testigos, tomado en secreto; el veredicto del tribunal se expresaba por escrito, con una opinión razonada. Cada una de las partes refutaba las preguntas de la otra. Se registraban las decisiones de los examinadores y

abundaban las formalidades. Las apelaciones basadas en supuestos errores cometidos en los voluminosos registros, se llevaban de los tribunales inferiores a los superiores, hasta culminar en el Parlamento de París. Como dice Dawson, los miembros legos de los tribunales inferiores gradualmente fueron separándose, "desalentados y confusos por unos procedimientos cada vez más complejos".[72] El elemento oficial predominó sobre el popular, aun cuando sobreviviera la *enquête par turbe*.

Desde la perspectiva de avances ulteriores, se puede argüir que la temprana adaptación, por los reyes franceses, del procedimiento del derecho canónico y su creación de un sistema jerárquico de apelaciones que culminaba en el tribunal real central de París tuvo efectos nocivos sobre la posterior historia de derecho francés, y que la temprana adaptación por los reyes ingleses del sistema de investigación de la tradición de los francos tuvo efectos benéficos sobre la posterior historia del derecho inglés. Sin embargo, desde la perspectiva de los siglos XII y XIII, el sistema francés de tribunales y procedimientos de tribunal tuvo considerables ventajas sobre el sistema inglés de su misma época, ventajas tanto en justicia para los litigantes como en el ordenamiento monárquico de la sociedad.

En materia de justicia para los litigantes, el procedimiento francés, como el de los tribunales eclesiásticos, fue planeado para permitir que se expusieran todos los hechos y todas las cuestiones del caso, mientras que el procedimiento inglés fue planeado para reducir los hechos y las cuestiones al punto o a los puntos más estrechos posibles. El sistema inglés de alegato y veredicto del jurado —veredicto que se entregaba sin juicio— sólo estaba bien adaptado para ciertos tipos de casos. Y fue este defecto, más que ningún otro, el que hizo que el canciller inglés estableciera una jurisdicción de equidad a finales del siglo XIV y durante el XV para que se protegiera a los pobres y los desamparados, que impusiera unas relaciones de confianza y alivio preceptivo y otras formas de alivio específico (en contraste con el remedio de indemnizaciones en dinero, del "derecho común" inglés). El canciller inglés, que casi invariablemente era un alto dignatario eclesiástico, seguía el procedimiento de derecho canónico —que también era el procedimiento real francés— de convocar a testigos mediante un citatorio e interrogarlos bajo juramento.

En cuanto al ordenamiento de la sociedad, es cierto que el sistema francés de derecho real no podía ser tan eficaz en Francia como el sistema inglés de derecho real lo era en Inglaterra, en parte porque el rey de Francia tenía cuatro o cinco veces más personas bajo su dominio, que estaban divididas en muchas más unidades políticas rivales. Una pregunta más sensata que debemos considerar es si el sistema de derecho real desarrollado por los reyes de Francia en los siglos XII y XIII estaba bien adaptado para dar el máximo control de todo desorden, o si habrían hecho mejor en desarrollar un sistema de derecho real más parecido al de Inglaterra. Felipe *Augusto* sí formó su sistema de bailes siguiendo, en parte, el modelo

inglés de alguaciles mayores y de jueces itinerantes, pero en tiempos de Luis IX el desarrollo de la jurisdicción apelativa del Parlamento de París y del complejo y avanzado procedimiento escrito que lo acompañó, acabaron por reducir el papel de la participación popular, creando una clase especial de doctos juristas que con el tiempo fueron apartándose de la población y corrompiéndose cada vez más. Pero, nuevamente, no debemos juzgar lo que hizo Luis IX por lo que ocurrió a Luis XIV. Respecto a los siglos XII y XIII, parece justo concluir que el sistema de derecho real que prevalecía en Francia —en comparación con el que prevalecía en Inglaterra— fue un instrumento notablemente eficaz para el ordenamiento real de la vida económica y social del país, y que si fue menos eficaz para contener a los delincuentes, ello probablemente se debió al hecho de que la jurisdicción penal estaba más descentralizada en Francia que en Inglaterra —más bajo el dominio de duques, condes y otros señores y de comunidades urbanas—, lo que no necesariamente era malo.

La eficiencia del derecho real francés en el siglo XIII se basó en su sutil combinación de la costumbre local con el conocimiento jurídico, y en su avanzado procedimiento para aplicar éste a aquélla. La aplicación del procedimiento y el conocimiento jurídicos a la costumbre local creó un cuerpo de derecho consuetudinario francés que actuó como poderosa fuerza unificadora y educativa.

La "costumbre local" se refiere a las diversas costumbres de las varias localidades, poblados y señoríos, y de los condados, dominios feudales, ducados y otras entidades que integraban Francia. Había relativamente pocas costumbres de Francia en conjunto, aunque sí había algunas; por ejemplo, costumbres centrales relacionadas con la descendencia de la Corona, así como costumbres locales comunes, como la de restringir el poder de un marido para disponer de las propiedades de su mujer durante su vida marital. Asimismo, pese al aumentado número de *établissements* y de *ordonnances*, no había mucho derecho estatutario sustantivo en Francia en general. El derecho estatutario francés por lo regular era procesal. Sin embargo, el hecho de que los casos de los tribunales reales de Francia se decidieran las más de las veces sobre la base de la costumbre local no significa que los tribunales reales no desempeñaran ningún papel al forjar esa costumbre. Por lo contrario, dichos tribunales, incluso el Parlamento de París y en ocasiones el propio rey, ejercían la autoridad de rechazar todas las costumbres que fueran "malas" y aceptar sólo las que fueran "razonables". Esto entrañaba la autoridad de interpretar las costumbres de tal modo que se apegaran a la razón. Por ello podemos hablar de un común *derecho consuetudinario* de Francia en conjunto, consistente en las diversas costumbres que prevalecían en diversos lugares, interpretadas y modeladas por los tribunales reales.

Decir que Francia estaba gobernada por un derecho consuetudinario común no es negar que muchos de los juristas y jueces de Francia eran

expertos en derecho romano. Tampoco es negar que en ciertas partes de Francia, sobre todo en el sur, el derecho romano había sobrevivido hasta cierto punto desde tiempos premerovingios. Pero éstas eran dos clases distintas de derecho romano. La primera clase —el derecho romano en que se había preparado a abogados y jueces— era el derecho de los textos de Justiniano, reorganizados, retocados y reevaluados por los doctos juristas de las universidades (incluso, en Francia, la Universidad de Montpellier, fundada en el siglo XII, y la Universidad de Orleáns, fundada en el XIII). El derecho romano de las universidades era un derecho ideal, no un código o estatuto aplicado ni alguna otra forma de derecho positivo. Era un cuerpo de conceptos y principios jurídicos por medio de los cuales se podían escudriñar e interpretar las reglas prevalecientes del derecho consuetudinario y del derecho aplicado. El segundo tipo de derecho romano —el que sobrevivió, particularmente en el sur de Francia, desde tiempos premerovingios— consistía en dispersos términos jurídicos, reglas y procedimientos romanos que habían subsistido en la conciencia popular a lo largo de los siglos, algunos de los cuales habían ingresado en sucesivas codificaciones germánicas (como la visigoda y la lombarda) y en decretos y otros actos de los gobernantes. Este "derecho romano vulgar", como a menudo se le llama, se había vuelto, a su vez, derecho consuetudinario. El derecho romano docto, por lo contrario, no era tanto un derecho en el sentido de ser unas reglas obligatorias, cuanto que era derecho en el sentido de razonamiento jurídico.

El derecho romano docto era particularmente útil para determinar cuáles costumbres eran "razonables" y cuáles eran "malas". También el derecho canónico de la Iglesia ofrecía importante guía al respecto. El derecho canónico fue el primero que enseñó la necesidad de distinguir las costumbres razonables de las irrazonables. De hecho, el derecho canónico también mostró la necesidad de distinguir entre lo que era aceptable y lo que era inaceptable en el propio derecho romano. Los principios canonistas de interpretación de la costumbre por lo general se sobrepusieron a las reglas y los conceptos del derecho romano.

En los tribunales reales franceses del siglo XIII se podía demostrar la costumbre de muchas maneras, a discreción del juez: podía declarar que él tenía conocimiento personal de una costumbre, ya que él mismo la había aplicado en un caso análogo anterior, llamado "precedente".[73] Podía consultar a los consejeros laicos que le ayudaban en su tribunal. Podía llamar a un grupo de personas que conocieran la costumbre: un grupo de clérigos que declararan la costumbre de una parroquia o una abadía, un grupo de ciudadanos que declararan la costumbre de un poblado, un grupo de marinos que declararan la costumbre de un puerto. Por último, según el procedimiento de la *enquête par turbe*, el juez podía llamar a doce hombres bien enterados y pedirles que le informaran, por medio de un portavoz, sobre la existencia de una costumbre o unas costumbres en particular.

En el siglo XIII el propio rey intervino a veces como el representante del "bien común de todos" *(bien commun de tous)* para presidir una discusión entre expertos con respecto a costumbres impugnadas y para declarar o escribir sus hallazgos. En palabras del jurista francés del siglo XIII Felipe de Beaumanoir, "el rey debía conservar y hacer que se conservaran las costumbres de su reino".[74] Toda costumbre irrazonable debía ser "desechada". Sin embargo, al mismo tiempo el rey podía conferir "privilegios" a ciertas costumbres o grupos, derogar costumbres y prescindir de ellas sobre la base de la justicia, es decir, como excepción. De este modo, el rey acordó privilegios "contra la costumbre general" a ciertas iglesias, ciertos poblados, ciertos gremios, cruzados y otros.

Por último, si la costumbre era insatisfactoria no sólo como se aplicaba a una persona o grupo en particular, para quien había que hacer una excepción por motivos de justicia, pero más generalmente porque necesitaba ser modificada, el rey podía poner en vigor un nuevo estatuto u ordenanza modificando la costumbre. La teoría de sir Henry Maine de que en la historia del derecho se pasa de la equidad a la legislación encuentra apoyo en la práctica medieval francesa, la cual, a su vez, se derivó de la teoría de los canonistas que autorizaban el cambio de la costumbre por la equidad y la generalización de la equidad por estatuto.[75]

A pesar de todo, de hecho hubo en Francia relativamente pocos estatutos u ordenanzas nuevos que modificaran las viejas costumbres, ni tampoco hubo muchos privilegios que concedieran excepciones de las antiguas costumbres. En su mayoría, las costumbres consideradas insatisfactorias por los tribunales reales fueron rechazadas como "malas" o bien fueron reinterpretadas para hacerlas "razonables". En efecto, una regla de razón y de conciencia estaba integrada al derecho consuetudinario.

De este modo, el derecho real francés del siglo XIII era, por una parte, mucho más docto que el derecho real inglés, en el sentido de que había un número mucho mayor de jueces y juristas doctos en el sistema francés;[76] y, sin embargo, estaba menos influido por estatutos reales. Por otra parte, era más diversificado, ya que no había un cuerpo considerable de costumbres uniformes que se pudieran aplicar por toda Francia; empero, sí había un gran cuerpo de "derecho común" en el sentido de un cuerpo común de procedimientos y de normas aplicado por los tribunales reales a las diversas costumbres de la multiplicidad de entidades que integraban el reino de Francia.

El derecho civil real y el derecho penal franceses

Aunque el derecho que se aplicaba en los tribunales reales franceses en los siglos XII y XIII fuese, en gran parte, derecho consuetudinario, con enormes variantes de un lugar a otro, sí había, asimismo, importantes rasgos comunes. En realidad, aunque las *costumbres* fuesen sumamente diversas en

sus detalles, el *derecho* consuetudinario, es decir, el modo en que las costumbres eran conceptualizadas y los principios subyacentes interpretados era notablemente uniforme.

La siguiente descripción del derecho consuetudinario aplicado en los tribunales reales franceses se basa principalmente en la gran obra de Beaumanoir intitulada *Libro de las costumbres y usos de los beauvasianos*, escrita cerca de 1283.[77] El autor era el baile de Clermont en Beauvais. Antes, había sido baile en Vermandois, Turena y Senlis, y senescal en Poitou y Saintonge. Su señor, el conde de Clermont, era hijo de Luis IX y hermano del rey Felipe III. Beaumanoir había estudiado en la universidad y era muy versado en derecho romano y derecho canónico. También conocía el derecho de los juicios previos del Parlamento de París. Además de ser un jurista experto, era un pensador agudo y sensible. Su libro, aunque escrito en un estilo muy conciso, también pretendía ser profundo. En una edición moderna ocupa más de mil páginas. Pese a su fecha relativamente tardía y a que se concentra principalmente en una región de Francia, constituye una útil fuente informativa sobre las características principales del derecho que era aplicado en los tribunales reales por toda Francia en los siglos XII y XIII. Beaumanoir también analizó, aunque con menor detalle, la jurisdicción y el procedimiento de otros tribunales de Beauvais: el del conde, los eclesiásticos, los de señores feudales del lugar, los de los poblados, los mercantiles y los de arbitraje (a los cuales dedica todo un capítulo). Todos estos tribunales ejercían una jurisdicción concurrente. Todos ellos aplicaban "las costumbres y usos de los beauvasianos".

Los procedimientos de los tribunales reales eran más o menos uniformes por toda Francia, al menos después de 1190, cuando Felipe *Augusto* estableció el sistema de tribunales de bailes. Desde luego, el baile era servidor del señor del ducado o condado en que servía. Y, sin embargo, en última instancia estaba subordinado a la Corona, y después de 1250 sus decisiones fueron revisables en el tribunal central del rey, el Parlamento de París. Como dice Beaumanoir, "cada barón es soberano en su baronía [pero] el rey es soberano sobre todos".[78] El procedimiento del tribunal del baile en Clermont, descrito por Beaumanoir, es similar al procedimiento de los tribunales de bailes de otras partes de Francia, descritos en otras fuentes de la época.

En los tribunales de los bailes, en general —y, puede suponerse también en los de los prebostes, subordinados a ellos—, los procesos civiles comenzaban por una convocatoria, declarada oralmente por el demandante o sus agentes contra el acusado, fuese en persona o en su domicilio, o por noticia (por medio de vecinos). Se requería que la convocatoria estipulara, en términos generales, la naturaleza de la demanda. Sin embargo, si era demasiado general o vaga, el acusado podía alegar excusa o pedir plazo. Entonces el tribunal podía requerir que esta defensa fuese jurada. En el juicio, se exigía al demandante declarar con detalle su queja *(demande)*, y el acusado

tenía derecho a presentar su defensa *(barre)*. Beaumanoir compara y contrasta este procedimiento con el de los tribunales eclesiásticos: allí, el *libellus* del demandante y las *exceptiones* del acusado, nos dice, son por escrito y en latín, mientras que en el tribunal del baile son orales y en francés; además, en los tribunales eclesiásticos puede haber nuevas demandas —réplicas, triplicaciones, cuadruplicaciones— mientras que en el del baile a las actas se habían de adjuntar la *demande* y la *barre*.

Las partes podían hacerse representar en el tribunal por otros, llamados *procureurs:* parientes o amigos u otros agentes a quienes se les concedía un poder. También se podían hacer representar —en otro sentido de la palabra— por abogados, quienes los aconsejaban y presentaban sus argumentos. Para la época de Beaumanoir, los abogados constituían un "oficio" o profesión y su conducta estaba regulada por una ordenanza real.[79]

Beaumanoir enumera y analiza ocho tipos de pruebas: *1)* por juramentos; *2)* por documentos escritos; *3)* por duelo judicial (que aún se admitía en casos excepcionales); *4)* por testigos; *5)* por registro del tribunal; *6)* por confesión de la parte opuesta; *7)* por noticia judicial, y *8)* por suposiciones. De ellas, la prueba por testigos era por entonces la más moderna y la más importante para el futuro. Se podía descalificar a muchos tipos de testigos, o restringir su testimonio, incluso de clérigos y monjes, mujeres, leprosos, menores y dementes, personas acusadas de crímenes o de falso testimonio, bastardos, siervos y judíos. Los miembros de la familia de una de las partes no podían dar testimonio en su favor. Los *procureurs* y abogados no podían dar testimonio sobre lo que habían sabido mientras actuaban como agentes o asesores. Los testigos daban testimonio oral bajo juramento como respuesta a preguntas que les hacían las partes y el juez.[80]

De este modo, el procedimiento jurídico en los tribunales del baile, en contraste con los del derecho canónico en casos civiles, era oral y no escrito. Pero sí se anotaba un registro escrito, con el propósito de hacer posible la apelación a una instancia superior, a saber, al Parlamento de París.

Los casos penales graves, que afectaban la llamada alta justicia, se juzgaban en los tribunales de los señores, incluso el del señor principal, es decir, del duque o conde. Sin embargo, también se podían juzgar casos penales graves en el tribunal del preboste o del baile, cuando el rey tenía jurisdicción por virtud de la naturaleza del delito o la tenencia o condición de servidumbre del acusado. Se obtenía jurisdicción por medio de una acusación, fuese de una persona afectada, de testigos o de otros. Al parecer, en los tribunales franceses no había nada comparable a la entrega de felones de la comunidad por medio de un gran jurado a los jueces reales itinerantes, como existía en Inglaterra. De este modo, aunque el derecho francés, en contraste con el antiguo derecho franco y germánico, distinguía entre los casos civiles y los penales, seguía utilizando un procedimiento acusatorio en los casos penales similar al procedimiento de *demande* en los casos civiles.

Los principales tipos de casos juzgados en el tribunal del baile, según

Beaumanoir, eran disputas por derecho a bienes, herencias, contratos, dones, tutoría de un menor, obstaculización de *seisin* y delitos contra la persona. Sin embargo, muchos otros tipos de problemas legales, relaciones y transacciones jurídicas también son tratados por Beaumanoir, incluso varios aspectos del derecho de relaciones familiares (dotes, infantes, menores, hijos ilegítimos), herencia, testamentos, donativos, asociaciones (empresas mercantiles, compañías, cooperativas, comunas), transportes, pesos y medidas y servicios laborales.

El derecho real francés, como el derecho real inglés y el siciliano, compartió con el derecho feudal la marcada distinción entre las tierras y las otras cosas materiales, así como la marcada distinción entre *seisin* y propiedad ("pleno derecho"). Estas distinciones se basaban en que según el derecho feudal los derechos a la tierra traían consigo poderes de gobierno. El hecho adicional de que también el derecho romano distinguiese claramente entre "muebles" e "inmuebles" y entre "posesión" y "dominio" era conveniente para los abogados, pues les permitía aplicar la terminología romana a las realidades feudales. Sin embargo, esto era un tanto ilusorio, ya que la distinción romana entre muebles e inmuebles no era la misma que la distinción entre cosas y tierras, ni tampoco la posesión romana era lo mismo que la *seisin* feudal de Occidente. Esto no preocupó en exceso a los juristas occidentales; simplemente, convirtieron el derecho romano para su propio uso.

En Francia, comenta Beaumanoir, el tribunal del baile —lo que equivale a decir el tribunal del rey en el condado o ducado u otro señorío— se preocupaba especialmente por la *seisin* y obstaculización de la *seisin*. Esta característica no distinguió al derecho real francés del derecho real de otros reinos de Europa en los siglos XII y XIII. En todos los lugares en que había gobernantes centrales relativamente poderosos, éstos arrancaban la jurisdicción a los señores feudales afirmando su jurisdicción sobre desposeimientos ilícitos. Tardíamente, en 1277, el rey francés proclamó un estatuto que afirmaba su jurisdicción sobre "nueva *disseisin*", pero, de hecho, la Corona había ejercido ya de tiempo atrás esa jurisdicción, junto con duques y condes.

El análisis de la *seisin* hecho por Beaumanoir es muy sutil, aprovechando marcadamente el conocimiento de los canonistas en este terreno del derecho. Distinguió entre diversas formas de demanda por *disseisin* por fuerza, *disseisin* con dolo y por otros actos tortuosos que no incluyeran la fuerza, y obstáculos a los derechos de *seisin* sin llegar a la auténtica *disseisin*.[81] El derecho francés, como el inglés y el canónico, también protegió la *seisin* de bienes muebles así como de tierras, y además *seisin* de derechos. Más aún, protegió la *seisin* hasta cuando no fuera acompañado por una posesión fáctica, como cuando se consideraba que una persona permanecía *seised* de sus tierras y sus derechos de gobierno a ellas asociados, aun cuando se encontrase ausente en una cruzada.

En contraste con los tribunales reales ingleses, los bailes franceses se arrogaban jurisdicción sobre los contratos como tales y no sólo sobre pactos sellados. Beaumanoir fundamenta esta jurisdicción en el principio moral —declarado por los canonistas— de que hay que cumplir los contratos, *pacta sunt servanda*. "Hay que cumplir todos los contratos", escribe Beaumanoir, "y por tanto, escrito está 'Un contrato prevalece sobre una ley' salvo aquellos contratos hechos con malos propósitos [como por ejemplo] si alguien contrata a otro para matar a un hombre por 100 libras".[82] Pasa entonces Beaumanoir a enumerar otros principios de la ley de contratos que eran generalmente aceptados por la ciencia jurídica canónico-romana de la época: que el contrato no debió ser hecho por fuerza u obligación, que el objeto del contrato no debe ser imposible, inmoral o ilegal, que las deudas de juego y los contratos usurarios no son cobrables por ley, que en el contrato se debe haber renunciado expresamente a ciertas defensas (por ejemplo, un vendedor puede renunciar a todo derecho de denuncia de que ha obtenido menos de la mitad del valor de su propiedad). Aquí, lo interesante es que estas doctrinas de la ciencia jurídica canónico-romana se hubiesen convertido ya en parte del derecho consuetudinario de Beauvais —y de las otras regiones de Francia— aplicado en los tribunales reales.

El derecho penal formó una parte considerable del derecho consuetudinario francés, tal como se le practicaba en los tribunales reales y en los de duques, condes y señores menores. El capítulo más largo de Beaumanoir (entre 114 artículos separados) está dedicado a los delitos.[83] Los divide en: *1)* los que son punibles por la muerte, junto con la confiscación de los bienes del delincuente por el señor en cuya propiedad estuvieran situados; *2)* los punibles con multas, confiscación de bienes y largo periodo en prisión, y *3)* los que sólo son punibles con multa. El primer grupo incluye: asesinato, traición, homicidio violento, violación, incendio, asalto, herejía, falsificación, escape de prisión, envenenamiento e intento de suicidio. Solía darse muerte al delincuente arrastrándolo o ahorcándolo; sin embargo, los herejes eran quemados vivos y a los falsificadores se les metía en agua hirviendo antes de colgarlos. Un ejemplo de un delito castigable con largo periodo en prisión —uno de los del segundo grupo— es el perjurio ("falso testimonio"); el periodo en prisión quedaba fijado a discreción del juez. El tercer grupo incluye cortes y heridas, desobediencia a las órdenes de un señor, transgresión, etc. Los campesinos pagaban multas más reducidas; los nobles pagaban grandes multas.

Las conspiraciones contra el bien común son otro ejemplo de los delitos clasificados por Beaumanoir como merecedores de largo periodo en prisión. Incluyen las conspiraciones entre comerciantes o artesanos por aumentar sus precios, acompañadas por amenazas contra quienes no se les unieran. Tales conspiraciones caían dentro de la jurisdicción del señor dentro de cuya competencia estaba fijar los precios. También se incluyen entre las conspiraciones ilegales las que tienen el objetivo político de la insurgencia. Afirma

Beaumanoir que el señor que se entera de semejante conspiración debe condenar a los participantes a largos periodos de prisión y a la confiscación de sus propiedades, y debe sentenciar a los organizadores a la horca. Recuerda la formación de una liga de las principales ciudades de Lombardía contra el emperador de Roma (fue la Liga Lombarda organizada contra Federico *Barbarroja* en 1167): preparada durante cinco años, la revuelta estalló por doquier el mismo día; los funcionarios del emperador fueron masacrados, y los conspiradores "establecieron en sus ciudades las leyes y costumbres que quisieron".

Cuando una persona era atrapada en flagrante delito y arrestada, el señor del lugar en que se había cometido el delito tenía jurisdicción para juzgar el caso. Si el delincuente era detenido después de cometido el delito, el señor del lugar de su domicilio tenía jurisdicción. Si el crimen infringía los derechos del conde, del duque o del rey, entonces le correspondía la jurisdicción a aquel cuyos derechos habían sido infringidos. De este modo, el asesinato de un funcionario real o la traición a la Corona serían juzgados en el tribunal del rey. Sin embargo, en contraste con Inglaterra, no había en Francia una jurisdicción real general o exclusiva sobre los delitos graves ("felonías"), así como no había una jurisdicción real general o exclusiva sobre las faltas civiles graves ("infracción"). La jurisdicción penal real francesa era un tanto análoga a la del gobierno federal de los Estados Unidos: era una jurisdicción sobre "delitos federales", muchos de los cuales también podían ser perseguidos como "delitos estatales" por las diversas entidades que integraban el reino de Francia.

Comparación entre el derecho real francés y el inglés

A finales del siglo XIII y durante el XIV, especialmente después que el Parlamento de París empezó a florecer y la "barra" inglesa se estableció en Londres, el derecho de los tribunales del rey en Francia empezó a separarse más y más agudamente del de los tribunales del rey en Inglaterra. Con el tiempo, al cabo de otro siglo poco más o menos, los dos sistemas adquirieron muchos de los rasgos contrastantes que han seguido caracterizándolos hasta el siglo XX. El sistema francés llegó a depender mucho del procedimiento escrito; el inglés, del procedimiento oral; el francés dependió de centenares de jueces sumamente profesionales; el inglés, de jurados laicos y jueces laicos de la paz y de muy pocos jueces profesionales; el francés, del interrogatorio judicial de las partes y testigos, bajo juramento; el inglés, de acusación y negativa por las partes opuestas, tocándole la resolución al jurado. Con respecto al derecho sustantivo, el derecho real francés era más sistemático, más culto, más romano, más codificado, en tanto que el derecho real inglés era más particularista, más práctico, más germano, más orientado a la ley de casos. El derecho real francés cubría mayor terreno: obligaciones civiles, que incluían contratos, delitos y enriquecimiento injusto; propiedad, corporaciones; fideicomisos; delitos; derecho público, y la ley de las naciones. El derecho real inglés se limitó a las formas de acción: decreto de derecho, cesión de nueva *disseisin,* deuda y detención, contrato, acciones de transgresión, felonías de derecho común y decretos de prerrogativas; y, sin embargo, también confió al tribunal del canciller en los siglos XIV y XV un cuerpo de remedios y doctrinas sumamente flexible e incoado que, con el tiempo, llegó a llamarse equidad [justicia].

No debemos permitir que estos últimos contrastes oscurezcan ante nuestros ojos el hecho de que en el siglo XII y comienzos del XIII, cuando los reyes de Inglaterra y Francia forjaron por vez primera sus respectivos sistemas de derecho real, estos dos sistemas tenían mucho en común. Aún después tenían en común más de lo que quisiera reconocer una historiografía jurídica nacionalista: a un chino las diferencias le parecerían mínimas en comparación con las semejanzas. Pero en su época formativa, cada uno combinó en sí muchos de los rasgos contrastantes que después lo distinguirían del otro. Los ingleses tenían un escrito en que se declaraba la teoría de la acción del demandante, mientras los franceses tenían una convocatoria oral así como un procedimiento oral de juicio. Los ingleses dependían de narradores, alegadores y jueces profesionales en la etapa de las demandas, mientras los franceses dependían de jueces laicos —servidores *(suitors),* jurados y otros— para dar el veredicto. La interrogación de las partes y testigos bajo juramento sólo era un método de prueba en los tribunales reales franceses; entre los otros métodos, algunos tenían equivalentes en el sistema inglés. Ciertamente, era única la práctica inglesa de exigir al jurado que determinara los hechos por adelantado y que diera un veredicto unánime sin ningún juicio. Sin embargo, la francesa *enquête par turbe* presuponía que el jurado conocía, sin atender a evidencias, las costumbres de la localidad, y su informe unánime sobre la existencia o inexistencia de una costumbre tenía indudablemente un efecto, en ciertos tipos de casos, similar al del veredicto inglés por jurado.

Había otras semejanzas. En Francia e Inglaterra, como en Sicilia, la justicia central del rey (o del duque) bien podía competir con la justicia de una multiplicidad de señores feudales. Como en tiempos anteriores, el rey continuaba ofreciendo recurso contra una negativa de hacer justicia o un falso juicio en el tribunal de un señor. A ese extraordinario recurso se añadió, en la segunda mitad del siglo XII, primero en Inglaterra y después en Francia, una jurisdicción en primera instancia para una gama bastante numerosa de casos, sobre todo aquellos en que había habido violenta perturbación de la paz y disputas por posesión *(seisin)* de feudos. Además, en ambos países la justicia real era más racional, más profesional y más objetiva que la justicia feudal.

La justicia real era más racional ya que excluía, casi en todos los casos, la prueba por combate y por compurgación.

Era más profesional porque estaba administrada por jueces preparados profesionalmente.

Era más objetiva en dos aspectos. Primero, los jueces debían una lealtad a la ley, y a Dios, considerada aun superior a su lealtad al rey, ya no digamos a su lealtad a señores feudales de menor categoría. Como lo declara la gran frase de Bracton, el gobierno no está bajo el hombre, sino bajo Dios y la ley: es la ley la que hace al rey. De manera semejante, Beaumanoir declara que el deber de obediencia del juez para con su señor no lo exime de su obediencia a Dios, y que el juez no está atado ni siquiera por orden directa de su señor si cumplir con ella haría que "perdiera su alma". Si llega a darse el caso, afirma Beaumanoir, el juez debe abandonar el servicio de su señor antes que cumplir con una orden que violara su deber para con Dios.[84] Tales declaraciones reflejaban el juramento, pronunciado por los jueces reales franceses en los siglos XII y XIII al tomar posesión de su cargo, "de respetar las buenas costumbres del país".[85] Y, sin embargo, ni siquiera en estos doctos tratados se hacían sin riesgo tales declaraciones en una época en que reyes y señores cortaban cabezas con toda impunidad.

En segundo lugar, la objetividad de las decisiones judiciales en los tribunales reales quedaba reforzada por su énfasis en la necesidad de congruencia en la aplicación de la ley. Tanto en los tribunales reales de Francia como en los de Inglaterra se mantenía el principio de que a casos similares tocaban decisiones similares. Ésta no era una doctrina del precedente en el sentido técnico; eso llegó mucho después, con el informe sistemático de los casos y el desarrollo de la distinción entre la "razón necesaria por el juicio *(holding)*" de un caso, que era obligatoria en futuros casos similares, y el *dictum* (u *obiter dictum)*, consistente en las razones dadas por el tribunal, que no necesariamente eran para dar la decisión y, por tanto, no eran obligatorias en futuros casos similares. En el siglo XII, y en realidad hasta los siglos XVI y XVII, no existió tal doctrina del precedente; además, se consideraba que el razonamiento "por ejemplo" era un método de razonamiento menos convincente que el razonamiento por principio. Y, sin embargo, la inferencia de principios a partir de casos análogos fue modo predominante del razonamiento jurídico en el siglo XII como en el XX. Tanto Bracton en la Inglaterra del siglo XIII como Beaumanoir en la Francia del XIII basaron sus respectivos tratados en miles de casos con los que se habían familiarizado en toda una vida de experiencia jurídica.[86]

Este fuerte interés en los casos quedó vinculado a un principio moral de igualdad ante la ley: el principio subyacente en la máxima "a casos similares corresponden decisiones similares". De este modo afirma Beaumanoir que cuando un caso (similar) ya fue juzgado antes, "aun si el juicio se hizo para diferentes personas", no se debe presentar a los servidores del tribunal para juicio, sino que debe ser decidido directamente por el baile sobre la base del precedente, "ya que no se deben dar juicios diversos en los mismos casos".[87]

Las notables semejanzas entre los tratados de Beaumanoir y de Bracton en el siglo XIII han quedado oscurecidas, en la mente de muchos comentadores, por sus diferencias. Lo mismo puede decirse de las notables similitudes entre el tratado de Glanvill, del siglo XII, y los libros de derecho consuetudinario que aparecieron en Normandía y en Francia poco después de Glanvill. Se nos dice que los dos tratados ingleses contienen las primeras declaraciones doctas del derecho común de Inglaterra (aunque la expresión "derecho común" no se les aplique); es decir, están centrados en las reglas aplicables en los tribunales reales centrales de Westminster: las reglas que constituyen, como lo indican los títulos de ambos libros, "las leyes y costumbres del reino de Inglaterra". Por contraste, se nos dice que las *costumbres y usos de los beauvesianos*, de Beaumanoir, y las "listas de costumbres" *(coutumiers)* francesas y normandas se centraban en las costumbres locales, que diferían grandemente de un lugar a otro. Y, sin embargo, las costumbres de Beauvais, tal como fueron concebidas, organizadas, racionalizadas y aplicadas por los tribunales reales, eran sumamente similares *en general* a las costumbres de las otras regiones de Francia, como eran tratadas por los tribunales reales. Los periodos de prescripción diferían, al igual que las excusas de no comparecencia, las formalidades requeridas para transferencia de tierras y muchas otras cosas; empero, los límites permisibles de las diferencias en detalle fueron fijados por los tribunales reales en las localidades y, de hecho, en la época de Beaumanoir, por un tribunal supremo de París. Además, había algunas costumbres uniformes por toda Francia, y éstas eran expresamente llamadas "el derecho común" y, ante todo, los principios generales eran los mismos.

A mayor abundamiento, por lo general se dice que el derecho común de Inglaterra es, en sí mismo, un derecho consuetudinario. No es fácil saber qué significa esto. Por lo general, se hace remontar el derecho común inglés hasta la Sesión de Clarendon y otros decretos reales del siglo XII. Éstos constituían el derecho legislado, que es lo opuesto del derecho consuetudinario. Lo que significa, sin duda, es que los decretos reales establecieron procedimientos en los tribunales reales para la aplicación de reglas, principios, normas y conceptos que de la costumbre y del uso adquirieron su significado. Las reglas, principios, normas y conceptos que debían aplicarse —las definiciones de felonías, los conceptos de posesión y de desposesión— se derivaron de normas y pautas de conducta informales, no escritas ni aplicadas. Estas normas y pautas de conducta existían en el espíritu del pueblo, en la conciencia de la comunidad. Desde luego, en ese sentido general todo derecho se basa, en última instancia, en la costumbre y el uso.

Si tuviéramos que especificar con mayor precisión el significado de "derecho consuetudinario", sin duda descubriríamos que significa algo diferente cuando se le aplica a la ley seguida en los tribunales reales de Inglaterra de lo que significa cuando se aplica a la ley seguida en los tribunales

reales de Francia. Y, sin embargo, también debe significar algo similar. Y hay muchas ilustraciones de esa similitud. Por ejemplo, tanto en Inglaterra como en Francia, el concepto legal de *seisin* estaba arraigado en el derecho consuetudinario. En ambos países, los tribunales reales tenían jurisdicción sobre los casos de nueva *disseisin (nouvelle disseisine);* en ambos países, el rey aplicaba el concepto consuetudinario de *seisin,* encarnado en la ley aplicada de "nueva *disseisin",* para arrancar jurisdicción a los señores feudales sobre las disputas concernientes a derechos de tierras libres. Desde luego, también había diferencias. Pero las similitudes muestran el traslape del derecho consuetudinario y el derecho real en ambos reinos.[88]

XIV. DERECHO REAL: ALEMANIA, ESPAÑA, FLANDES, HUNGRÍA Y DINAMARCA

ALEMANIA

Al hablar de los orígenes y del temprano desarrollo del derecho real en Alemania, nos encontramos ante el hecho de que no había rey de Alemania en el sentido en que había un rey de Sicilia, de Inglaterra o de Francia. Había duques, reyes y otros príncipes de los diversos territorios autónomos *(Länder,* "tierras") que integraban el Imperio. De hecho, cada *Land* era un reino en sí mismo, como los cinco principales ducados alemanes de Sajonia, Suabia, Baviera, Franconia y Lotaringia, además de otros como Frisia y Turingia; las ciudades lombardas del norte de Italia, el reino franco de Borgoña, el reino eslavo de Bohemia, un buen número de "marcas" limítrofes (incluso la *Ostmark,* que en 1156 fue elevada a la categoría de ducado de Austria) y varias otras entidades. En el año 1075, un ducado como Sajonia o Baviera era casi comparable, aproximadamente, en dimensiones, riqueza y poder al reino de Francia (como era entonces), al ducado de Normandía o al reino de Inglaterra. El rey de todo el Imperio alemán gobernaba su propia *Land* además de ser el jefe de la federación imperial.

Por tanto, puede considerarse que el derecho real en Alemania se refería o bien al derecho del Imperio como tal (derecho imperial) o a la ley de cualquiera de los ducados o de los otros principados que constituían el Imperio (derecho principesco). En realidad, durante los siglos XII y XIII, el derecho imperial, que antes había sido muy rudimentario, arraigó y floreció temporalmente, aunque sin poder compararse con el desarrollo del derecho real en Sicilia, Inglaterra o Francia, donde el derecho principesco no sólo echó raíces y floreció, sino que en adelante continuó floreciendo como el derecho real de Sicilia, Inglaterra, Francia y otras partes de Europa.

El derecho imperial

El Imperio, fundado por Carlomagno (768-814), había sido desde el principio una idea universal sobreimpuesta a una variada multitud de unidades tribales, locales y señoriales. No era una entidad territorial, pero era la esfera de autoridad —el *imperium*— de la persona del emperador, quien representaba la unidad religiosa de la cristiandad occidental y su resistencia militar contra los ataques de normandos, árabes, eslavos y magiares. El propio Carlomagno había impuesto algunos controles centrales de carác-

ter legislativo, administrativo y judicial, pero eran débiles. Las instituciones jurídicas imperiales se hallaban muy dispersas por todo el Imperio, sin raíces profundas. Con razón se ha llamado "gigante frágil" al Imperio de Carlomagno. A la muerte de éste, pronto se fragmentó y fue dividido entre sus herederos: el título de "emperador" recayó en los jefes de los francos orientales que habitaban lo que muchos siglos después llegaría a llamarse Alemania.

Durante doscientos años, el Imperio "alemán" siguió llamándose Imperio de los francos o Imperio cristiano, pero rara vez Imperio romano. Luego, a comienzos del siglo XI, se instituyó la práctica de dar al heredero seleccionado para futuro emperador el título de "rey de los romanos" en lugar de "rey de los francos"; a la muerte del emperador, ese hijo solía ir a Roma a ser coronado "emperador de romanos" por el papa. Esto simbolizaba, ante todo, la aspiración del emperador franco a la autoridad teocrática del emperador romano Constantino y sus sucesores como cabeza de la Iglesia. En el siglo XII, el propio Imperio fue llamado por vez primera Imperio romano. Sin embargo, para entonces ya se había establecido la supremacía papal sobre la Iglesia, y la palabra "romano" en el título del Imperio simbolizaba su unidad y autoridad política y jurídica en la esfera secular. (Sólo en el siglo XIII se le llegó a llamar Sacro Imperio Romano y, por último, en el XV, Sacro Imperio Romano de la Nación Germánica.)

Para apreciar el carácter rudimentario del derecho imperial antes de la Revolución papal debemos recordar que el Imperio no tenía una ciudad capital, una burocracia, una judicatura profesional y ni siquiera una autoridad fiscal establecida. El emperador gobernaba por medio de su familia, que lo acompañaba continuamente por todo el Imperio. El canciller era el secretario del emperador. El chambelán estaba a cargo del presupuesto de la familia del emperador. Los consejeros reales no eran funcionarios permanentes, sino personal elegido *ad hoc* de un caso a otro. Como lo ha dicho Heinrich Mitteis,

> El Imperio sólo tenía toda su fuerza en el sitio particular en que se encontrara el rey; sólo por medio de frecuentes apariciones en las diversas partes de su Imperio lograba hacerse respetar. Esto exigía un esfuerzo personal sobrehumano y consumía prematuramente las energías de los gobernantes: su temprana muerte no sólo era un accidente lamentable, sino la consecuencia del abrumador sistema de gobierno.[1]

Esto no significa que no hubiese otro derecho imperial que el de la familia real. Existía, ante todo, la prerrogativa imperial de juzgar: por doquier fuera el emperador celebraba tribunales, aplicando el derecho consuetudinario local, tribal o feudal y también dispensando justicia y clemencia universales en su capacidad de vicario de Cristo y cabeza suprema del *imperium christianum*. El emperador tenía el derecho de "evocar" *(ius evocandi)* un caso de cualquier tribunal, fuese local, feudal, territorial

o eclesiástico. Y algo de mayor importancia: tenía facultades para pronunciar la "proscripción" del Imperio, lo que exigía que los acusados se sometieran a la "alta justicia" imperial, o quedarían proscritos. El poder de proscripción imperial también lo tenía el cargo de conde (en latín, *comes;* en alemán, *Graf);* había condes desde la época carolingia, cuando eran nombrados por el emperador para desempeñar en su nombre funciones judiciales y administrativas en las diversas localidades (condados, *Grafschaften).* Sin embargo, en el curso de los siglos el carácter imperial central del cargo disminuyó grandemente y en muchos lugares se volvió, en gran parte, hereditario y local.

Además, el emperador ejercía una influencia considerable sobre el desarrollo del derecho eclesiástico, el cual era considerado por entonces (como en tiempos romanos) una de las ramas principales del derecho imperial. Desde luego, antes de la Revolución papal, los emperadores nombraban abades y obispos (incluso al obispo de Roma), convocaban y presidían los sínodos eclesiásticos y hasta, ocasionalmente, promulgaban cánones eclesiásticos de carácter teológico y jurídico.

La flaqueza del derecho imperial en su aspecto secular se reflejó en la regla de que el emperador no estuviera facultado para gravar a sus súbditos con impuestos, sino que había de obtener sus ingresos de sus propios feudos, que estaban dispersos por todo el Imperio. También había severas limitaciones a su derecho de adquirir nuevas tierras en reversión a la muerte de sus súbditos. En el siglo XI los emperadores lograron formar una clase de servidores imperiales (llamados *ministeriales)* por donativos de tierra; se les nombraba para administrar los feudos imperiales y asimismo, para servir, armados y montados, como parte del ejército imperial. Sin embargo, cuando las tierras de sus vasallos (príncipes y otros nobles) revertían al emperador por falta de herederos, el derecho feudal imperial le exigía donarlas a otros vasallos. Este llamado *Leihezwang* ("enfeudamiento obligatorio") distinguía marcadamente el derecho imperial del derecho feudal de los ducados y otros principados del Imperio, así como del de Francia, Inglaterra, Sicilia y otras nacientes potencias seculares de la cristiandad occidental.

La Revolución Papal modificó considerablemente la naturaleza del cargo imperial y, asimismo, el alcance y el carácter del derecho imperial. Por una parte, el papel constitucional del emperador dentro de la Iglesia quedó grandemente reducido: se volvió un simple laico, así fuese poderoso, pues los obispos y abades, aunque ya no fueran investidos por él con sus poderes eclesiásticos, seguían siendo sus vasallos feudales. También se modificó su posición constitucional ante los gobernantes de los diversos territorios que integraban el Imperio. De hecho, los príncipes habían desempeñado un papel decisivo en el acuerdo final de la controversia por las investiduras; en las deliberaciones que condujeron al concordato de Worms de 1122 se habían presentado, en palabras de Mitteis, "como garantes de los derechos

imperiales",[2] mediando entre el emperador y los legados papales. Muchas nuevas casas principescas de los siglos XII y XIII cobraron prominencia durante las guerras civiles que marcaron el curso de la Revolución papal, incluso las de Hohenstaufen, Wittelsbach y Wettin. A mediados del siglo XII, una vez más en términos de Mitteis, el Imperio "ya no consistía en territorios tribales *(Stammesländer)*, sino en territorios de un tipo nuevo, gobernados por duques que, supuestamente, participaban en el gobierno del Imperio".[3]

De hecho, el emperador, para ser elegido, llegó a quedar en absoluta dependencia de los duques y otros príncipes del Imperio. En 1077, los príncipes celebraron una dieta *(Reichstag)* en Forchheim en que llegaron a una resolución (aprobada por el papa Gregorio VII), según la cual el emperador sería elegido por ellos; y en 1125, en una dieta de Maguncia, este principio fue aplicado por vez primera cuando el heredero del finado emperador Enrique V, duque de Suabia, fue rechazado por una junta de príncipes, quienes en cambio eligieron a Lotario, duque de Sajonia. En 1138, a la muerte de Lotario, los príncipes pasaron una vez más por encima del heredero del emperador y eligieron al rival de Lotario, Conrado de Suabia, y en 1152 rechazaron al hijo de Conrado en favor de su sobrino Federico (Federico *Barbarroja)*. A finales del siglo XII estaba ya establecido que los emperadores serían elegidos por un colegio electoral de príncipes, en que ocupaban lugar de preferencia los arzobispos de Maguncia, Colonia y Tréveris y el conde palatino de Renania.

Además, suponíase que el emperador convocaba a los "príncipes del reino" cada vez que había de tomar decisiones de importancia fundamental. El antiguo Imperio había consistido en la casa imperial y en ducados tribales *(Stammesherzogtümer,* "ducados de linaje"); el nuevo Imperio consistió en la propia *Land* territorial del emperador (Suabia, Sajonia o alguna otra) más las otras *Länder* gobernadas por los príncipes imperiales *(Reichsfürsten)*, que gradualmente perdieron gran parte de su carácter como ducados de linaje para convertirse básicamente en entidades territoriales.[4]

En el nuevo Imperio se desarrollaron nuevas instituciones políticas y jurídicas. La secularización del poder imperial movió al emperador a crear un servicio civil que dependiera mucho menos del personal eclesiástico y se preocupara mucho menos por los asuntos eclesiásticos. Adquirieron mayor importancia los problemas seculares, en especial el mantenimiento de la paz y de la justicia, que por los términos mismos de la Revolución papal se conservaba dentro de la jurisdicción suprema del emperador. La división misma de la cristiandad occidental en una esfera "eclesiástica" y una "secular", y la demarcación jurídica de los límites entre ambas, junto con el gran énfasis en el carácter jurídico de la esfera eclesiástica bajo el papado, hicieron inevitable, como reacción, un gran hincapié en el carácter jurídico de la esfera secular bajo el emperador. Éste encontró nuevos modos de fortalecer su gobierno y de contener la violencia. Esos nuevos modos reflejaron un giro hacia el arte del estadista en el sentido moderno, aunque no en el mismo grado que en Sicilia, Inglaterra y Francia.

El emperador retuvo y regularizó su posición de juez supremo del Imperio. Atendió apelaciones contra juicios de los tribunales de príncipes y nobles, así como de los tribunales de ciudades. El procedimiento seguido en tales casos era el tradicional procedimiento germánico del juicio de grupo, en que el emperador presidía y los jueces, habitualmente escogidos entre los cortesanos, declaraban su veredicto. En los casos tocantes a derecho feudal *(Lehnrecht)*, los jueces habían de ser pares —iguales en clase— al acusado, y en los casos tocantes a derecho local *(Landrecht)* habían de ser coterráneos *(Stammesgenossen)* del acusado. Estos dos tipos de procedimiento quedaron dramáticamente ilustrados en los célebres procesos incoados contra Enrique *el León,* duque de Baviera y Sajonia, en 1179-1180. Enrique, acusado por sus enemigos de varios delitos, incluso el de traición contra el emperador, fue procesado por violación del *Landrecht,* por un tribunal compuesto por jurados suabos (ya que él era de origen suabo), y sentenciado por ellos, por desacato, pues no se presentó. También fue acusado por el emperador, Federico *Barbarroja,* de no cumplir sus obligaciones feudales para con él, como su señor, y fue juzgado, de acuerdo con el *Lehnrecht,* por sus pares, los príncipes del Imperio. La sentencia por contumacia era el exilio, el cual, sin embargo, no fue permanente, y al cabo de unos pocos años de destierro en Inglaterra se permitió a Enrique retornar a su castillo de Brunswick y recuperar parte de sus posesiones alodiales. La sentencia por incumplimiento de sus obligaciones feudales fue más severa: confiscación permanente de sus feudos, incluso los ducados de Baviera y Sajonia; éstos revirtieron al emperador, quien, siguiendo la regla del enfeudamiento obligatorio, otorgó Baviera a la casa de Wittelsbach y dividió Sajonia entre otros dos principados, poniendo fin así al poderío territorial de la familia güelfa a la cual pertenecía Enrique.[5]

El emperador también tenía el derecho de convocar a la nobleza, incluso a los grandes príncipes terratenientes, seculares o eclesiásticos, a los caballeros y, tiempo después, a representantes de las ciudades imperiales, para participar en ocasionales asambleas deliberativas. Estos "días imperiales" o "dietas" (del latín *dies*, "día"; en alemán, *Tag, Reichstag)*, que se regularizaron en el siglo XIII, eran análogos a los parlamentos ingleses de la época. Por medio de ellos podían obtener los reyes el asentimiento de los magnates eclesiásticos, feudales y urbanos —los "estamentos"— a las leyes reales, a cambio de lo cual las asambleas podían arrancar ciertas concesiones al gobernante supremo. Mitteis afirma que, en contraste con los parlamentos ingleses de los siglos XIII, XIV y XV, las dietas alemanas no pretendían representar todo el reino (el *communitas regni)*, sino que, antes bien, cada príncipe representaba su propio principado o, cuando mucho, su propia clase.[6] Al mismo tiempo, el emperador alemán tenía sobre el *Reichstag* menos poder que el rey inglés sobre el parlamento. En ambos casos, las periódicas

asambleas de notables simbolizaban una estructura política en que el poder estaba dividido entre diversos estamentos u órdenes: alta nobleza, baja nobleza, clero, comerciantes, artesanos. La institución de la dieta o parlamento vino a expresar la interrelación del monarca y los estamentos; constituyó un rasgo característico del derecho constitucional de Occidente en su época formativa.

Además, los emperadores de los siglos XII y XIII mejoraron notablemente la administración de sus propios feudos territoriales —de los que obtenían la mayor parte de sus ingresos— extendiendo y fortaleciendo el sistema de ministeriales. Éstos llegaron a parecerse más a servidores civiles imperiales y menos a vasallos feudales. Sin embargo, faltó la estructura de departamentos —especialmente tesorería, judicatura y cancillería— que caracterizó la formación de Estado en los otros grandes reinos de Europa en el siglo XII, incluso en algunos de los principados alemanes, así como en la Iglesia romana. Desde luego, había una cancillería imperial, pero abarcaba todo el personal de funcionarios de la casa imperial y no servía como separado departamento de coordinación. Como lo ha dicho Mitteis, en comparación con los territorios alemanes y con Inglaterra, Francia y Sicilia, el Imperio no logró crear una moderna burocracia real. La cancillería imperial estaba atrasada, "Alemania no tenía nada que ni remotamente pudiera considerarse equivalente a la administración financiera de Inglaterra", y no tenía una judicatura central imperial en manos de profesionales.[7]

Y, sin embargo, sería erróneo suponer que los emperadores alemanes de finales del siglo XI, el siglo XII y comienzos del XIII no participaran efectivamente en la empresa legislativa que había recorrido toda la cristiandad occidental, en la secuela de la Revolución papal. Lo hicieron, sobre todo, a través de medidas legislativas, a menudo promulgadas en las dietas imperiales, habitualmente con el título de "estatuto de paz" (*constitutio pacis*), pero también llamadas "paz de la tierra" o "paz territorial" (*pax terrae, Landfriede*). Suponíase que éstas contendrían leyes nuevas, declaradas por el emperador, y constituyeron el primer ejemplo de legislación imperial alemana en el sentido moderno. Muchos estudiosos han negado la importancia de los estatutos de paz como legislación, por motivo de que la propia autoridad imperial era relativamente débil, aún a finales del siglo XII cuando llegó a su clímax, y que en adelante se deterioró con rapidez hasta casi desintegrarse. No obstante, varios estatutos de paz imperiales puestos en vigor después de 1150 contenían mucha ley nueva que, en realidad, fue aplicada al nivel imperial; y, lo que es aún más importante, contenían mucha ley nueva que penetró en el derecho territorial de los ducados y de otros principados, así como en el derecho de las ciudades.

El emperador a quien, más que a ningún otro, se debieron estos estatutos de paz imperial, fue Federico *Barbarroja* (1152-1190).

Personalidad y visión de Federico Barbarroja

En 1152, cuando Federico fue elegido a los 28 años "rey de los romanos" en una asamblea de príncipes y obispos alemanes, Rogerio II (1112-1154) aún ocupaba el trono de Sicilia y Enrique II (1154-1189) pronto sería rey de Inglaterra y duque de Normandía; más adelante, durante el reinado de Federico, Felipe *Augusto* (1180-1223) ascendió al trono de Francia. Todos ellos fueron formadores de Estados territoriales centralizados. Todos compartieron muchas características personales que eran indispensables para la afirmación de una poderosa autoridad política y jurídica sobre los diversos pueblos, poblados y ciudades, los diversos clanes, principados y estamentos, incluso el clero, que constituían sus reinos respectivos. Como personalidad, acaso deba compararse a Federico especialmente con Enrique II. Resulta revelador que en 1165 ambos hablaran de unir sus fuerzas en una cruzada en algún momento futuro, lo que no se materializó.

Como Enrique, también Federico era un hombre de energía y vitalidad aparentemente inagotables. No teniendo morada fija, gobernó desde la silla de su caballo, por decirlo así, yendo constantemente de un castillo a otro y de una ciudad a otra durante su reinado de 38 años. Como Enrique tenía que viajar continuamente para reprimir amenazas reales o potenciales a su autoridad por toda Inglaterra, Irlanda, Escocia, Gales, Normandía, Anjou, Aquitania, Poitou y otras partes de su "Imperio", así también Federico había de hacer lo mismo por toda Borgoña, la Italia septentrional y los muchos territorios de Alemania. Ser un buen gobernante en el siglo XII exigía una robusta constitución física y, más aún, exigía un propósito tenaz, una voluntad casi feroz. Los gobernantes que carecían de estas cualidades pronto eran sometidos, y sus territorios devorados por otro.

El propósito de Federico no era la simple conquista, aunque sin conquistas no habría podido realizar ninguno de sus otros propósitos. Era, básicamente, la construcción de un Estado bien ordenado, con fundamento en el derecho. Este propósito no era ajeno a la conquista, desde luego, pero era mucho más eficiente gobernar por el derecho que por la fuerza: donde sus jueces eran obedecidos no era necesario presentarse con sus ejércitos. El derecho también estaba directamente conectado con los ingresos: los litigantes pagaban altos honorarios que iban a las arcas de los nuevos gobernantes territoriales de Europa. Y, sin embargo, el derecho también era un fin en sí mismo: mantener la paz y hacer justicia eran las dos principales justificaciones de la autoridad real, las dos mayores fuentes de su legitimidad y, por encima de ello, las dos principales medidas del "éxito" —como diríamos hoy— del monarca, o de su "salvación", como decían en el siglo XII. Los reyes europeos del siglo XII, y especialmente el emperador, desde luego, ya no eran esos gobernantes sacros que habían sido sus predecesores en los siglos X y XI; empero, aún gobernaban "por la gracia de Dios" y, lo que es más, afirmaban tener (y otros les reconocían) impor-

tantes características y funciones religiosas. El propio Federico murió en el Asia Menor, estando en una cruzada.

Los relatos de los contemporáneos de Federico dejan la impresión de un hombre de enorme energía personal, de apariencia imponente, con un gran físico y una barba roja; de habla elocuente, y gran inteligencia, moderado en sus apetitos y emociones, devoto y respetuoso para con la Iglesia, un hombre que en general prefería trabajar con las limitaciones tradicionales que su sociedad le había impuesto, pero que también era capaz de estallidos de ira y de violentos excesos de crueldad que horrorizarían al lector moderno aunque, al parecer, escandalizaron a muy pocos de sus coetáneos. Su fama de moderado no es confirmada por su política, enormemente imaginativa y audaz, y en especial por su sueño de someter las ciudades de la Italia septentrional a la autoridad imperial. La total y sistemática destrucción de Milán por su ejército en 1162 no parece ejemplo de moderación.

La elección de Federico al trono alemán fue el resultado de un compromiso entre las familias Staufen y Welf, las cuales tenían pretensiones hereditarias y políticas al gobierno. Por el lado paterno, Federico era sobrino del emperador Conrado III (1137-1152), de la familia Staufen, mientras por el materno era sobrino de Güelfo VI y primo de Enrique *el León*. Su misión era dar estabilidad a Alemania tras un periodo de gran desorden, lo que logró. Aunque casi no se sabe nada de su niñez o su educación, puede suponerse que probablemente no fue criado para ser rey; no obstante, la rapidez con que empuñó las riendas del gobierno reveló una notable vocación para gobernar. Su fama de árbitro cundió con prontitud, y muchos recurrieron a él en busca de justicia. Pocos meses después de su elección proclamó su primer estatuto de paz, afirmando la jurisdicción imperial sobre delitos violentos y disputas sobre desposesión, y al año siguiente concluyó un tratado con el papa, que establecía su coronación como emperador y que regulaba varias cuestiones de política exterior. En 1155 fue coronado emperador en Roma, en una ceremonia cuidadosamente planeada por él mismo para simbolizar su independencia del poder político papal.

Muy pronto comprendió Federico que el derecho podía desempeñar un papel importante para mantener su autoridad, no sólo ante el papado, sino también ante los gobernantes territoriales de Alemania, las ciudades de Alemania (el propio Federico fundó muchas de ellas), las ciudades de Lombardía y los señores feudales de sus propios dominios. En su primer viaje a Roma, en 1155, para ser coronado emperador, se reunió con los profesores ("doctores") de la escuela de derecho de Bolonia, donde decenas de miles de estudiantes habían sido preparados para ocupar puestos gubernamentales por toda Europa. Pocos años después, en 1158, Federico se apoyó en los más grandes de los juristas boloñeses —"los cuatro doctores", Martino, Búlgaro, Jacobo y Hugo— con objeto de redactar una legislación importante para la Dieta de Roncaglia.

La preocupación de Federico por el derecho no era desinteresada. Pensaba en el derecho como instrumento para mantener la estabilidad de su vasto Imperio y a la vez como instrumento para fortalecer su poder como emperador. Por consiguiente, intentó conservar las diversas costumbres de los varios territorios y al mismo tiempo introducir una legislación nueva que robusteciera la autoridad central. Especialmente conectados con el primer objetivo —mantener la estabilidad— estuvieron los diversos estatutos de paz que promulgó Federico; en relación con el segundo —el aumento del poder y la autoridad imperiales— promulgó varios otros estatutos concernientes a poderes reales (llamados *regalia)*, el dominio real sobre funcionarios gubernamentales subordinados y sobre impuestos así como el derecho feudal en general.

El hecho de que Federico llamara a los cuatro doctores nos da ciertas claves importantes de su actitud hacia el derecho. Les pidió presentarle una lista de todos los derechos otorgados al emperador por las antiguas leyes de Lombardía y que habían existido antes de que surgieran las ciudades independientes. Ellos contestaron, cautelosamente, que no podían darle esa lista sin hacer antes una extensa consulta entre los jueces de todas las ciudades. Federico formó entonces una comisión, integrada por dos jueces de cada una de las ciudades principales. El resultado fue la promulgación en Roncaglia de un estatuto ("definición") de los poderes imperiales, que enumeraba: *1)* jurisdicción sobre vías públicas, ríos navegables, puertos y puntos de peaje, así como estanques de peces y salinas, e ingresos derivados de ellos; de acuñación, intercambio de moneda, multas e indemnizaciones de propiedades sin dueño y de exacciones legales a personas indignas; de los bienes de quienes habían contraído matrimonios incestuosos o habían sido condenados y proscritos o que habían cometido alta traición; de los servicios de trabajos manuales, con yuntas, carretas o botes; de las contribuciones para expediciones militares reales, y descubrimiento de tesoros; *2)* la facultad de nombrar magistrados para ejercer la justicia, y *3)* el mantenimiento de palacios en ciertas ciudades. Otro estatuto adoptado en Roncaglia en 1158 decía, simplemente: "Toda jurisdicción y todo poder judicial pertenecen al príncipe, y todos los jueces deben aceptar el oficio del príncipe y deben pronunciar un juramento, como lo requiere la ley". Un tercer estatuto declaraba que el príncipe podía tener palacios y corte en cualquier lugar en que lo deseara. Un cuarto y último estatuto establecía impuestos específicos por cabeza e impuestos específicos del terreno.

Aunque los cuatro estatutos se remitían al derecho romano y aunque hubiera algunos vestigios de derecho romano en la otra legislación promulgada en Roncaglia, de hecho la idea de enumerar los poderes específicos reales e imperiales era totalmente ajena a la ley de Justiniano, como se la había interpretado antes de finales del siglo XI; fue la Revolución papal la que hizo nacer el término mismo de "regalía".[8] Más aún, el meollo de los estatutos de Roncaglia —a saber, el derecho del emperador a recibir ingre-

sos de ciertas actividades o situaciones comerciales, judiciales y otras, y su derecho a "jurisdicción y poder judicial", es decir, a la alta justicia *(bannus)*— era de origen totalmente germánico y franco y, una vez más, recibió gran ímpetu de la Revolución papal. Federico demostró ser un hombre de su tiempo y de su cultura al utilizar parte del lenguaje del derecho romano para legitimar su afirmación de poseer los poderes imperiales.[9]

Acaso el más extraordinario aspecto de la política de Federico en Roncaglia fuese su inutilidad. El Imperio no estaba en condiciones de convertirse en un poderoso Estado territorial centralizado; era demasiado grande, demasiado diverso, demasiado desorganizado, y carecía de la burocracia indispensable. Y, sin embargo, Federico intentó hacerlo fuerte y centralizado: en parte mediante acción militar, que resultó inútil con ese propósito, en parte intentando transformar su cuerpo de administradores no libres, los ministeriales, que dejaron de ser vasallos para convertirse en servidores imperiales, lo que también resultó inútil para el propósito más general;[10] y en parte por legislación. Las leyes fiscales de Roncaglia nos ofrecen un buen ejemplo de confianza injustificada en el poder de la legislación. Carente de una eficaz administración financiera, Federico no pudo cobrar virtualmente ninguno de los impuestos que proclamó.

Y, sin embargo, Federico estuvo muy lejos de fracasar. De hecho, el poder imperial aumentó considerablemente bajo su égida, y sí adquirió algunas de las características de Estado territorial que él había imaginado. Además, hubo otros aspectos de su visión aún más importantes, que se realizaron en mucho mayor parte. Federico se preocupó profundamente por el futuro no sólo del Imperio en el sentido estricto, sino también de los territorios alemanes que formaban su núcleo. Él planeó y favoreció el desarrollo de la identidad y la integridad políticas y jurídicas de esos territorios alemanes constitutivos. Uno de sus principales propósitos fue mantener la paz entre ellos. Y esas medidas políticas tuvieron éxito. En realidad, muchas de las cláusulas de su derecho imperial, especialmente de los estatutos de paz, llegarían a pasar a los nacientes sistemas jurídicos territoriales alemanes. Ésta es la otra cara del desarrollo político y jurídico alemán en los siglos XII y XIII: los principados se volvieron Estados modernos o prototipos de Estados modernos, superando, en este respecto, al Imperio.

También en esto desempeñaron un papel importante la personalidad y la visión de *Barbarroja*. A comienzos de su reinado estableció Austria, Wurzburgo y Borgoña como entidades autónomas separadas, dependientes del emperador sólo por flojos lazos feudales. Más adelante, Federico estableció una nueva dinastía en Baviera y alentó a ese ducado a desarrollar sus propias instituciones políticas y jurídicas. También fomentó la autonomía de las ciudades alemanas.

Por último, en 1180, Federico unió los principados al Imperio en una nueva relación constitucional, creando una "orden" de príncipes imperiales *(Reichsfürstenstand)*. Los príncipes y obispos más importantes pasaron a constituir un cuerpo de primeros inquilinos temporales y espirituales del emperador; fueron fortalecidos en sus relaciones con él por su unidad corporativa, y también se vieron fortalecidos en lo particular en sus relaciones con sus propios súbditos por virtud de ser los únicos inquilinos del emperador en sus respectivos territorios y, de este modo, ser señores soberanos de sus propios vasallos. Los príncipes se volvieron príncipes *de* sus territorios y no, como antes, príncipes *en* sus territorios.[11]

Un ejemplo sorprendente del interés del emperador en mantener la autoridad de los príncipes dentro de los principados de su Imperio, fue la creación del ducado de Austria en 1156. Federico elevó la categoría de Austria, que había sido un territorio de Baviera, limítrofe y subordinado (el *Ostmark*, o Marca del Este), a la de ducado autónomo, con autoridad ducal hereditaria, por las líneas varonil y femenil. Al duque sólo se le exigía asistir a las dietas de Baviera y prestar servicio militar en las tierras vecinas; por lo demás, estaba libre de toda obligación con el Imperio. Y, de mayor importancia, la cédula que por último estableció el ducado, el *Privilegium Minus*, de 1160, declaraba que nadie podía ejercer el derecho de hacer justicia en el ducado sin la autorización del duque. Así, el gobernante tendría el dominio último sobre los tribunales que hubiera en su territorio, por la única razón de que él era el gobernante de ese territorio, sin que importara su posición de señor feudal o jefe de clan. Asimismo, en 1168 el emperador emitió un "Diploma" en que creaba el ducado de Wurzburgo por el cual el obispo de Wurzburgo, como duque, recibía "toda la jurisdicción y plenos poderes para hacer justicia" en asuntos que antes habían sido de la competencia de los señores locales actuando de acuerdo con una tradicional concesión imperial de autoridad. Dentro del nuevo ducado no habría jurisdicciones en competencia. Hasta cierto punto, esto confirmó los poderes previos del obispo de Wurzburgo, pero también añadió el reconocimiento imperial al título y a la teoría del poder ducal. Esa teoría se basaba, ante todo, en el postulado de que la autoridad de gobernar —la soberanía, como se le llamaría después— se fundamentaba en el control de toda decisión judicial. Este postulado se hallaba en el meollo mismo de la tradición jurídica occidental en su época formativa.

Al echar las bases de un nuevo orden en los territorios alemanes y en el Imperio, Federico *Barbarroja* no sólo fue guiado por una visión política, sino también por una visión religiosa. Su objetivo era la *reformatio totius orbis:* "la reforma de todo el mundo".[12] Su tío, biógrafo y consejero, el obispo Otón de Fresinga, había escrito una historia universal en la que presentaba la reforma del papa Gregorio VII como el comienzo de una nueva etapa histórica, que con el tiempo conduciría al triunfo del ideal de cruzado, por una parte, y al del ideal monástico y contemplativo, por la otra. Este doble triunfo sería alcanzado por el último emperador, después del cual llegaría el Día del Juicio, luego el Anticristo y, por último, la posthistórica

época de la eternidad. Como ha dicho Peter Munz, "Es inevitable la conclusión de que Federico, que conocía bien la antigua profecía, se sintió confirmado en su idea de que él sería el último emperador".[13] Una visión de este carácter subyacía en el deseo de Federico de emprender una nueva cruzada para liberar de los infieles a Jerusalén y el Santo Sepulcro; esa liberación era parte esencial del drama apocalíptico; había asimismo, una visión de este carácter en el sentido de la importancia que para el emperador tenía imponer la paz y la justicia por medio del derecho. La misión del emperador de garantizar la paz y hacer justicia era la señal de haber sido elegido por Dios para realizar su divino plan de salvación, y en la nueva época introducida por el papa Gregorio VII, el derecho sería el principal instrumento de que dispusieran los gobernantes seculares para imponer la paz y la justicia. Por último, existía la necesidad práctica de arreglar los asuntos del Imperio para tener el tiempo, la energía y los recursos necesarios para lanzarse a la cruzada:

> Durante toda su vida, Federico comprendió que la tarea última y más formidable del emperador de la cristiandad era proteger a la Iglesia y defender los santos lugares de Palestina contra los infieles. Su fe en este fin (en última instancia transpolítico) del Imperio le dio el desapego necesario para descartar un plan político tras otro y para ver cada una de sus empresas políticas cual simple experimento, como medio para alcanzar un fin. Y cuando, a finales de 1187, comprendió la extrema urgencia de una nueva cruzada, debió de considerarse afortunado al ver que el último experimento había tenido éxito suficiente para que él pudiese pensar seriamente en partir rumbo a la Tierra Santa. Dada su edad y su conocimiento de las fatigas que lo aguardaban en el mejor de los casos, no pudo haberse hecho grandes ilusiones de regresar vivo a Europa. Pero su partida no fue una idea tardía, que se le ocurriera cuando no tenía nada mejor que hacer; fue el acto supremo de su reinado, acto que él había planeado todo el tiempo y por el cual había hecho experimento tras experimento. Y ahora que, finalmente, uno de esos experimentos había tenido relativo éxito, Federico era libre de dedicar sus pensamientos a la auténtica tarea que le aguardaba.[14]

Los estatutos de la paz imperial ("Landfrieden")

El notable uso del término "paz" en los estatutos generales decretados por emperadores y duques en los siglos XII y XIII *(constitutio pacis, pax terrae, Landfriede)* vinculó esos estatutos con el movimiento de la Paz de Dios que había sido patrocinado por la Iglesia desde la segunda mitad del siglo X. Las primeras proclamas alemanas de una Paz de Dios se hicieron en el obispado de Lüttich en 1082, en el arzobispado de Colonia en 1083, en la provincia de Sajonia en 1084 y en Maguncia por el Imperio en general en 1085. Así como las anteriores proclamas de la Paz de Dios en la Francia meridional, en Normandía y en otras partes también, cada una de las proclamas alemanas estuvo limitada a ciertos momentos, lugares y grupos. No pretendían hacer una nueva ley, sino reforzar la prexistente exigiendo a

toda la población local el juramento de observar la paz e imponiendo sanciones eclesiásticas adicionales, en especial la excomunión, por todo incumplimiento.

El primer estatuto secular de paz *(Landfriede,* "paz del país") emitido por un emperador apareció en 1103. Antes hubo dos estatutos seculares de paz, emitidos por duques junto con los magnates del ducado —en Suabia en 1093 y en Baviera en 1094—, así como uno emitido por una asamblea provincial en Alsacia, también en 1094. El estatuto imperial de 1103 fue seguido al menos por otros diecisiete estatutos imperiales de paz en 1119, 1121, 1125 (dos), 1135, 1147, 1152, 1158, 1179, 1186, 1207, 1208, 1221, 1223, 1224, 1234 y 1235. Al menos ocho estatutos adicionales de paz territorial fueron emitidos en ese periodo en Suabia, Baviera, Sajonia, Brixen, Hennegau y Alsacia en 1104, 1127, 1152, 1156, 1171, 1200, 1229 y 1233.[15]

Los estatutos imperiales de paz de los siglos XII y XIII tomaron del anterior movimiento de la Paz de Dios no sólo la palabra "paz" con sus muchas connotaciones, sino también, al principio, la práctica de exigir a la población juramento de adherirse a la paz. Sin embargo, difirieron del anterior movimiento en muchos aspectos importantes. Pretendían unir a todo el pueblo dentro de las jurisdicciones respectivas de los gobernantes que los promulgaban, sin ningún límite de tiempo. Asimismo, desapareció la idea de una paz jurada voluntaria; en vez de pedir a sus súbditos que consintieran en renunciar a diversas formas de violencia, los gobernantes les exigían que obedecieran una serie de leyes nuevas que sistematizaban y reformaban el anterior orden jurídico. Además, el alcance y el contenido de los estatutos de paz fueron extendiéndose gradualmente; llegaron a tratar no sólo de la prevención de la violencia, las venganzas y los duelos, sino también de la conservación del orden público en general, incluyendo algunas cuestiones de carácter económico y administrativo. En este respecto, sus sanciones se extendieron para incluir una mucho mayor variedad de castigos penales y también algunas sanciones y remedios civiles y administrativos. En suma, los estatutos imperiales de paz de los siglos XII y XIII fueron desarrollándose, gradualmente, hasta ser actos legislativos generales, en el sentido moderno.

Este proceso de transformación se muestra si comparamos dos muy tempranos estatutos de paz —el estatuto bávaro de 1094 y el primer estatuto imperial de paz de 1103— con los estatutos imperiales de paz promulgados por Federico *Barbarroja* entre 1152 y 1186, y luego si comparamos estos últimos con el que fue promulgado por su nieto Federico II en Maguncia en 1235.

El estatuto bávaro de paz de 1094 había sido adoptado por iniciativa del duque, mas para que entrara en vigor debía ser jurado por los magnates bávaros reunidos en una dieta *(Landtag);*[16] también necesitaba los juramentos del pueblo. Contenía siete artículos muy breves. El primero declaraba que el duque había jurado la paz a todas las iglesias, el clero y los comerciantes ("excepto los que venden caballos fuera de nuestro reino"), y

también a quienes "juran, han jurado o jurarán esta paz ante nosotros", y que "mantendremos este juramento desde hoy hasta la Pascua y, después, durante otros dos años". El segundo artículo, también confirmado por juramento, decretaba que todo el que hubiese cometido un robo de cosas por valor de un chelín "será castigado y pagará doble". El artículo 3 establecía que si alguien perturbaba la paz robando cosas por valor de cinco chelines, o violaba a una virgen, perdería los ojos, o un pie o una mano. El artículo 4 afirmaba que si alguien violaba a una virgen y quedaba sitiado en un castillo, el castillo sería destruido, y capturado el fugitivo. El artículo 5 establecía que si quienes habían prestado el juramento perseguían a un delincuente, o si "nuestro ejército" iba a algún lugar a imponer la paz, los soldados sólo debían tomar lo que ellos y sus caballos necesitaran, dejando intacto todo lo demás. El artículo 6 establecía que en cada una de esas incursiones podrían tomarse, a voluntad, heno, hierba y madera no cortada para construcción. Por último, en el artículo 7, el duque reservaba a la jurisdicción de sus propios funcionarios las disputas concernientes a tierras alodiales y feudos (beneficios).

El primer estatuto imperial de paz secular, decretado en Maguncia en 1103, fue bastante similar en estilo, alcance y contenido al estatuto bávaro de paz de 1094.[17] También exigía los juramentos de los magnates y del pueblo. Había de durar cuatro años. Prohibía invadir o quemar la casa de otro, apoderarse de una persona por dinero, herir, apalear y matar, declarando que estos actos serían castigados con pérdida de los ojos o de una mano. Repetía en forma apenas modificada algunas de las cláusulas de la paz bávara con respecto al robo. Además, prohibía perseguir a un enemigo metiéndose en la casa de otro.

Los estatutos imperiales de paz promulgados por Federico *Barbarroja* medio siglo después diferían de estos dos tempranos estatutos al menos en ocho aspectos.

1. En ellos no se mencionaba a los magnates del reino, salvo para dirigirse a ellos. Su primer estatuto de paz, emitido en 1152, empezaba así: "Federico, por la gracia de Dios emperador de los romanos y siempre augusto, *a* los obispos, duques, condes, margraves y funcionarios que reciben este documento".[18]

2. Se había modificado el sentido de la palabra "paz"; ya no significaba algo que surgía por haber jurado hacerlo, una especie de pacto social de no agresión, sino algo que existía independientemente del consentimiento de los magnates o del pueblo. De hecho, la paz del reino era la paz del rey. No se le fijaba ningún límite de tiempo. No se mencionaban juramentos.

3. Por vez primera, aparecieron complejos conceptos jurídicos. Se subrayaban términos como *leges* y *ius,* que habían estado ausentes en el estatuto imperial de paz de 1103 así como en todos los estatutos territoriales. "Deseamos conservar a todas las personas su derecho *(ius)",* declaró Federico en el preámbulo al estatuto de 1152.

4. Los anteriores estatutos de paz no habían dicho nada específico acerca de los medios de poner en vigor sus cláusulas, salvo que se prestaría juramento, mientras que los estatutos de paz de Federico repetidas veces subrayaban los procedimientos con que se les aplicaría. De este modo, el artículo 2 del estatuto de 1152 establecía que las propiedades muebles de los delincuentes contumaces serían confiscadas por el juez *(Richter)* y divididas por él en favor del pueblo, mientras que sus propiedades hereditarias serían confiscadas por el conde *(Graf)* y, en ciertas circunstancias, revertirían al rey; según el artículo 4, se cobrarían ciertas multas por delitos menores, y luego las sumas serían distribuidas por el juez; el artículo 6 declaraba que el conde había de perseguir al delincuente hasta el castillo de su señor. Otros artículos definían los procedimientos que serían seguidos en los juicios por el juez y el conde, respectivamente.[19]

5. El alcance y el contenido del estatuto de paz de 1152 iban mucho más allá de todo lo considerado en los estatutos anteriores. Aunque el control de la violencia seguía siendo motivo importante, también se incluían otros tipos de órdenes. De este modo, el artículo 11 declaraba que el conde de cada localidad había de elegir a siete varones de buena reputación para fijar el precio de los cereales durante todo el año. El artículo 17 declaraba que quien no cumpliera debidamente con sus deberes como patrón laico de una fundación monástica o administrador de un beneficio y que fuese reconvenido por su señor, pero, perseverara en su incompetencia y fuese expulsado, por procedimiento judicial, y que después intentara recuperar su *advowson* o beneficio, sería tratado como violador de la paz. Estas cláusulas representaban un derecho nuevo. Otras innovaciones importantes fueron las limitaciones puestas al uso del duelo; la implantación de un sistema de seguridad financiera para multas en dinero y tierras confiscadas, y el establecimiento de la jurisdicción real sobre los clérigos que perturbaran la paz y sobre los sirvientes de un señor que riñeran.

6. También se introdujeron innovaciones para aumentar el poder económico y judicial del emperador. Se declaró que los feudos alodiales confiscados a delincuentes se convertirían en feudos del Imperio. Esto tuvo especial importancia dado el requerimiento de enfeudamiento obligatorio de tierras feudales que revirtieran a la Corona por ausencia de herederos. También se declaró que las disputas por posesiones entre dos vasallos de un mismo señor serían resueltas en el tribunal del emperador por medio de una investigación jurada, aunque los tribunales baroniales conservaran jurisdicción sobre los raros casos en que lo que estaba en juego no era *seisin,* sino propiedad. "Así", ha dicho Mitteis, "como Enrique II de Inglaterra, también Federico *Barbarroja* intentó establecer sesiones posesorias bajo auspicios reales, lo que tuvo el efecto de limitar la justicia baronial".[20]

7. En contraste con los estatutos anteriores, el estatuto de paz de 1152 definía los procedimientos que debían aplicarse en los diversos tipos de proceso. En el tribunal del conde, si dos hombres disputaban por un feudo

y uno alegaba haber sido enfeudado, el conde debía recibir el testimonio del que había enfeudado (dado un feudo) (artículo 8). Pero si varios disputaban por un feudo, y se daban los nombres de quienes enfeudaban, el tribunal del juez había de interrogar, bajo juramento, a dos personas de buena reputación que vivieran en la provincia de los litigantes, para determinar cuál de ellos había poseído el feudo sin valerse de la fuerza (artículo 9). El artículo 10 establecía los diferentes tipos de pruebas necesarias cuando hombres de diferentes categorías eran acusados de perturbar la paz; si un caballero acusaba a un campesino, el campesino podía probar su inocencia por medio del juicio divino o humano (es decir, por juicio por ordalía o ayudantes de juramento), o bien por siete testigos apropiados, escogidos por el juez; si un caballero acusaba a un caballero y lo retaba a duelo, el desafiado podía eludirlo probando que él y sus padres tenían una herencia caballeresca legítima.

8. Por último, el estatuto de paz de 1152, aunque igualmente conciso en su estilo, es casi siete veces más extenso que el estatuto bávaro de paz de 1094, y probablemente casi siete veces más largo que el estatuto imperial de paz de 1103.

Parece sumamente probable que el estatuto de paz de 1152, de Federico I, fuese influido por su conocimiento, o por el conocimiento de sus consejeros, de la legislación siciliana de Rogerio II, o al menos por la común educación y experiencia de los asesores de Federico y los de Rogerio. De hecho, en la corte de Federico había exiliados de Sicilia. Sea como fuere, pueden encontrarse semejanzas entre el trato dado a la felonía en el estatuto de paz de Federico y en el estatuto de paz de 1129 de Rogerio, y entre la ley aplicable a los caballeros en el estatuto de paz de 1152 y en las Sesiones de Ariano de 1140, de Rogerio.

Seis años después, en 1158, en la Dieta de Roncaglia, Federico promulgó otro estatuto de paz, así como otros tres ejemplos interrelacionados de legislación.

El estatuto de paz de Roncaglia, que sólo contenía once artículos, empezaba, como antes, "Federico, por la gracia de Dios emperador de los romanos y siempre augusto", pero esta vez iba dirigido a "todos los súbditos de su Imperio". Comenzaba con las palabras: "Por esta ley decretada, que habrá de prevalecer a perpetuidad, ordenamos..." Todos los súbditos del Imperio, seguía diciendo, habían de observar auténtica y perpetua paz entre ellos. Todas las personas de 18 a 60 años habían de comprometerse, por juramento, a mantener la paz, y ese juramento se renovaría cada cinco años (artículo 1). Éste era un regreso, en la forma, al procedimiento juramentado del pasado, pero la sustancia se había modificado, pues el juramento ya no era voluntario ni siquiera en teoría, y la paz que había que mantener era un orden jurídico preexistente que no tenía límite en el tiempo. Por tanto, un perturbador de la paz sería castigado aun si no hubiese pronunciado el juramento.

El artículo 2 contenía una prohibición general de la justicia por propia mano. Declaraba: "Si alguien cree que tiene un derecho contra otro en alguna causa o transacción, recurrirá al poder judicial y por medio de él buscará su derecho apropiado". El artículo 3 imponía graves castigos financieros a "cualquiera que por un acto brutal pretenda perturbar la mencionada paz". Así, la "paz" consistía en la aplicación de derechos por el "poder judicial" y no por la violencia.

El artículo 4 declaraba en términos generales una prohibición legal contra los delitos mayores: "Serán legalmente castigados la violación de derechos y el robo. El homicidio y la mutilación y otros delitos serán legalmente vengados".

El artículo 5 hacía que los jueces y otros magistrados nombrados por el emperador o sus subordinados tuvieran que compensar las pérdidas sufridas por alguien como resultado de su incompetencia al hacer justicia y no vindicar legalmente una paz perturbada. También podían imponerse castigos adicionales en casos graves, y los magistrados que no pagaran por causa de su pobreza sufrirían una azotaína y serían exiliados, por cinco años, a un lugar situado a ochenta kilómetros de su residencia.[21]

Debe notarse que estas cláusulas y las restantes del estatuto de paz de Roncaglia no repiten, en general, las cláusulas del estatuto de paz de 1152, sino que presuponen que éstas continúan en vigor, aunque las aumentan. También en esto tienen el carácter de legislación, en el sentido moderno, y no en el de una recapitulación general del derecho consuetudinario.

Además del estatuto de paz, en la Dieta de Roncaglia se promulgaron otros diversos actos legislativos, incluyendo un estatuto con respecto a los mutuos derechos y obligaciones de señores y vasallos y otro estatuto con respecto a los caballeros y las obligaciones de los eruditos. El estatuto de obligaciones feudales prohibía a los vasallos enajenar feudos sin consentimiento de sus señores, enumeraba diversas circunstancias en que un vasallo podía ser expulsado por su señor y trataba de problemas creados por la subinfeudación. Un artículo de este estatuto comienza con las palabras: "Firmemente establecemos en Italia y en Alemania..." ("Italia" se refiere a las ciudades que formaban la Liga Lombarda; "Alemania" se refiere a Suabia, Baviera, Sajonia y las otras *Länder* alemanas). El último artículo (el 10) declara: "También ordenamos que en cada juramento de lealtad, el emperador sea mencionado por su nombre". El estatuto de Roncaglia sobre los eruditos llega aún más lejos poniendo en claro que pretende ser legislación y no simplemente un replanteamiento del derecho consuetudinario, pues concluye con esta instrucción: "Ordenamos que esta ley *[lex]* sea insertada entre los decretos imperiales bajo el título '*Ne fillius pro patre, etc.*' ". Ésta era una referencia a un decreto imperial romano que libraba de toda responsabilidad a un hijo por las deudas de su padre. De manera similar, la *lex* del emperador Federico eximía a los eruditos que estuvieran de viaje, de las deudas de sus compatriotas.[22] La instrucción de Barbarroja fue obede-

cida por los juristas de su época que insertaron el estatuto de 1158 en el lugar apropiado entre sus manuscritos de los libros de derecho de Justiniano.

El proceso legislativo que se reflejó en los estatutos de Federico I de 1152 y 1158 así como en su estatuto sobre incendios, emitido en 1186,[23] llegó a su punto culminante en el estatuto de paz de Maguncia promulgado por su nieto, el emperador Federico II, en 1235.[24] Desde luego, éste era el mismo Federico II cuyo otro abuelo, el rey Rogerio II, había promulgado las Sesiones de Ariano en 1140 y que, él mismo en 1231, siendo rey de Sicilia, había promulgado el *Liber Augustalis*. Gobernando su vasto Imperio, Federico II se concentró en tratar de someter las ciudades de la Italia septentrional, y en gran parte descuidó sus territorios alemanes; de hecho, al término de su reinado en 1250, el Imperio en general se había dividido y debilitado sin remedio. El estatuto de paz emitido en Maguncia en 1235 intentó deliberadamente aprovechar la reforma de la ley como medio de reanimar la unidad imperial en Alemania, pero no lo logró y, por tanto, no tuvo gran significación en el desarrollo futuro del derecho imperial como tal. En cambio, sí tuvo gran significación para el desarrollo de la ley de los diversos principados y otros territorios dentro del Imperio, así como en el desarrollo de la ley de las diversas ciudades, fuesen imperial, principesca o independiente.

En el preámbulo al estatuto de paz de 1235 declaraba Federico II que

> dado que los que moran por toda Alemania viven hoy, en sus procesos y transacciones privadas, de acuerdo con costumbres antiquísimas y un derecho no escrito, y como aún no han sido especialmente introducidas algunas reformas importantes que contribuyen al estado general y la tranquilidad del Imperio y cuando se considera un caso que concierne a alguna parte de este juicio suele ser determinado más por opinión arbitraria que por ley establecida... por tanto, con el consejo y consentimiento de los amados príncipes eclesiásticos y seculares en solemne asamblea en Maguncia, hemos determinado que se promulguen ciertos decretos.

Seguían 39 artículos, que en una edición moderna ocupan cerca de quinientos renglones impresos.

El primer artículo declaraba que las libertades y los derechos de las iglesias serían generosamente favorecidos, y ordenaba que nadie "resistiera injustamente" a la jurisdicción eclesiástica. El artículo 2 ordenaba que los feligreses de todas las iglesias las protegieran con diligencia y se mostraran razonables al administrar su propiedad, "de modo que no nos llegue a nosotros ninguna seria queja concerniente a esto". El artículo 3 trataba del incumplimiento de promesa, hecha por dos personas, de guardar la paz, dándose la mano; tal incumplimiento haría que fuesen conducidas ante un juez, con juramento de dos testigos.

El artículo 4 declaraba que el cargo de juez debía ser ocupado por personas dignas de él, "ya que uno que examina los cargos de otros debe

sobresalir en su modo de vida". Decretaba, además, que los príncipes y otros que celebraban tribunal directa o indirectamente del emperador habían de decidir casos "por su justo juicio de acuerdo con la razonable costumbre de las tierras", "y todo el que no lo haga, será castigado severamente, como es justo". El artículo 5 continuaba con este tema:

> Para esto se establecen magistrados y derechos, para que nadie sea vengador de su propia queja, ya que donde cesa la autoridad de la ley, abunda la crueldad arbitraria. Por tanto, estatuimos *[statuimus*: la palabra de la que se deriva *statuta*, "estatuto"] que nadie... se vengará sin llevar su queja ante el juez y proseguir de acuerdo con la ley hasta llegar a un juicio definitivo; salvo que para la protección de su cuerpo y de sus bienes tenga que repeler inmediatamente la fuerza por la fuerza, lo cual se llama *nothwere* [en alemán moderno, *Notwehr*, 'legítima defensa'].

El artículo 6 establecía que si alguien había presentado queja al juez pero no se había aplicado la ley (quizá porque el acusado no había obedecido la orden del tribunal), el demandante tenía el derecho de "desafiar" a su enemigo, es decir, de retarlo públicamente a duelo. Sin embargo, debía hacerlo de la manera adecuada o si no sería declarado sin honor y sin derecho.

Los artículos 7 a 10 trataban de los peajes y otras obstrucciones al viaje. Todos los peajes impuestos a los viajeros por tierra o agua sin autorización del emperador se declaraban abolidos. Se insistía en la protección de los extranjeros contra esos peajes.

Los artículos 11 a 13 prohibían ciertas violaciones del derecho imperial (falsificación de monedas), el derecho feudal (venta de salvoconductos por personas que "no tienen del Imperio, por ley feudal, un derecho de salvoconducto") y el derecho urbano (afirmar los derechos de un ciudadano mientras vivía fuera de la ciudad, o atribuirse la protección de un señor feudal mientras se vivía en la ciudad).

El artículo 14 declaraba que nadie tenía el derecho de secuestrar a otro como prenda sin autorización del juez, y que todo el que lo hiciera sería castigado como ladrón.

Los artículos 15 a 21 trataban de delitos de hijos contra sus padres, particularmente el parricidio y la expulsión de un padre de sus propias tierras.

Los artículos 22 a 27 se ocupaban de castigos, principalmente la proscripción. Las personas proscritas serían perseguidas como por un "crimen público" y no se les daría la opción de composición o penitencia. De este modo se marcaba una aguda distinción entre el delito y el delito civil o pecado. Una persona proscrita por el emperador sería declarada sin honor y sin derecho. El mismo castigo era aplicable por alta traición, perfidia y "homicidio, llamado *mord*". Quienes albergaban a un proscrito quedaban sujetos al mismo castigo que se imponía a éste, y una ciudad que "colectivamente y a sabiendas" albergara a un proscrito se vería sometida a severos castigos, incluso la destrucción de sus murallas. Asimismo, el que

recibiera bienes robados y el que albergara a un ladrón eran igualmente punibles que el ladrón, de acuerdo con las "leyes civiles" (referencia al derecho romano de Justiniano, interpretado por estudiosos occidentales de la época). Sin embargo, el que recibiera bienes robados o el que albergara a un proscrito por vez primera, tendría que pagar el doble de la cantidad robada, y sólo si reincidía sería castigado como asaltante o ladrón.

El artículo 28 declaraba que se nombraría a un "justiciero" para presidir el tribunal imperial en lugar del emperador cuando éste no pudiese presidir en persona. Debía ser "hombre de probada confianza y de honesta opinión... de condición libre, quien permanecerá en ese cargo con buena conducta al menos por un año". Este juez había de presidir el tribunal todos los días menos los domingos y días de grandes fiestas, "haciendo justicia a todos los quejosos salvo a príncipes y otras personas nobles en los casos que toquen a sus personas, su derecho, su honor, sus feudos, su propiedad o su herencia, salvo los más grandes casos, cuya investigación y juicio reservamos a nuestra propia alteza". El poder de proscribir o de absolver de proscripción seguía en manos del emperador.

El juez debía "jurar que no aceptará cualquier juicio por cuestión de amor o de odio, favor o recompensa, temor o gracia, y que no juzgará sobre ninguna otra base que lo que sepa o crea que es justo según su conciencia, de buena fe, sin dolo ni mentira". El juez recibiría los honorarios que se pagaban por la absolución de proscritos, "popularmente llamados *Gewette*", "de modo que juzgará con mayor voluntad y no recibirá regalos de nadie".

Por último, según el artículo 29, el juez había de contar con un notario especial que recibiera y llevara los escritos que contuvieran quejas, haría registros de los procedimientos judiciales, llevaría registro de proscripción y absoluciones de proscripción, anotaría todos los juicios de los casos importantes en el tribunal imperial sobre todo cuando tomaran formas de juicios contradictorios, popularmente llamados *gesamint urteil* —en alemán moderno, *Gesamturteil*, o "juicio colectivo", es decir, el que surge recabando los votos de los jueces—, "de modo que en el futuro en casos similares se suprima la ambigüedad y se nombre expresamente el lugar según cuya costumbre se dio juicio". El notario debía ser un laico, para que pudiese anotar juicios de sangre, lo que estaba prohibido hacer a los clérigos, y además, para que pudiese ser castigado apropiadamente si delinquía en su cargo. El notario había de dar juramento de que "se comportaría fiel y legalmente en su cargo" y que "no escribiría ni haría nada contra derecho y obligación, de acuerdo con su conciencia, de buena fe, sin dolo ni fraude".[25]

El estatuto de paz de Maguncia de 1235 fue dirigido especialmente a las partes alemanas del Imperio de Federico II; de hecho, fue la primera ley imperial emitida en latín y en alemán. Pretendía ser derecho alemán. Y, sin embargo, su autor era el mismo rey de Sicilia, duque de Apulia y conde de Calabria, que cuatro años antes había promulgado el código de derecho siciliano general llamado el *Liber Augustalis*, muy superior al nuevo estatuto

alemán no sólo en extensión, sino también en refinamiento. ¿Cómo pudo el mismo gobernante producir tan diferentes piezas de legislación casi en la misma época?

Desde luego, pueden notarse algunas señales de que ambas obras tuvieron un autor común. Ambos documentos son presentados como legislación real. Ambos van dirigidos contra la venganza privada, la justicia por propia mano y la violencia en general; ambos subrayan el fallo de los jueces como primer medio de mantener el orden público; ambos tienen la misma visión de una sociedad regida por el derecho. La cláusula de Maguncia que exige un juez imperial y un notario que le ayude se deriva directamente de la experiencia siciliana. Ambos estatutos contienen muchos conceptos e instituciones jurídicos básicos. Ciertas reglas sustantivas de ley, como el derecho de matar en defensa de persona o de propiedad, son iguales en ambos.[26]

Y, sin embargo, las diferencias son más notables. El estatuto de Maguncia sólo aporta el más tenue marco de reglas, una selección de las pocas que, puede suponerse, eran más importantes desde el punto de vista del emperador; el *Augustalis* es un código general. Por ejemplo, al tratar de delitos, el estatuto de Maguncia sólo especifica unos cuantos, y sus cláusulas sobre el castigo se limitan principalmente a la proscripción, mientras que el *Augustalis* especifica incontables delitos y les hace aplicable toda una variedad de castigos. Además, el *Augustalis* trata de un puñado de asuntos no criminales que ni siquiera se sugieren en el estatuto de Maguncia. ¿Por qué no presentó simplemente Federico a la asamblea solemne de Maguncia en 1235 el magnífico código de leyes que él mismo había promulgado en Palermo en 1231?

La respuesta, aunque sencilla, es reveladora: cada uno de los dos ejemplos de legislación pretendía servir a la función de extender, racionalizar y sistematizar el orden jurídico que existía dentro de la entidad para la cual había sido redactado. Cada uno existía sobre fundamentos ya existentes. No había castillos en el aire. El orden jurídico real que existía en el reino normando de Sicilia a comienzos del siglo XIII era muy diferente del que había en las partes alemanas del Imperio. Sicilia —en la Italia meridional— llevaba noventa años gozando de un derecho real sumamente avanzado; contaba con instituciones judiciales, administrativas y financieras centralizadas y eficaces. Por contraste, en las partes alemanas del Imperio, las instituciones imperiales eran débiles. Durante cerca de cuarenta años casi no había existido un gobierno imperial auténtico en el norte. Ni siquiera había una judicatura central imperial; el propio emperador juzgaba en persona, viajando de un lugar a otro, y en aquellos años rara vez pasó del norte de Roma. Desde un punto de vista político, el estatuto de paz de Maguncia puede considerarse como la última boqueada del poder imperial en los territorios alemanes.[27]

Y, sin embargo, en algunos aspectos el estatuto de paz de Maguncia fue más innovador que el *Liber Augustalis*. El código siciliano se remitía una y

otra vez a la legislación de "nuestro abuelo Rogerio II" y de los Guillermos I y II, mientras que el estatuto de Maguncia con todo cuidado pasaba por alto a "nuestro abuelo Federico I" con sus estatutos de paz de 1152, 1158 y 1186. Y, de manera más significativa, la cláusula del estatuto de Maguncia que exigía un juez imperial y un notario significó que por vez primera las decisiones del tribunal imperial serían recabadas y conservadas en un solo lugar, para poder establecer un cuerpo de normas jurídicas imperiales.[28] Sin embargo, esto no ocurrió de hecho, durante muy largo tiempo; después de 1235, el poder imperial declinó con rapidez, y en realidad desapareció casi toda la actividad imperial. El nuevo juez imperial no ocupaba un lugar fijo, ni actuaba en una época fija. Cuando los Habsburgo adquirieron el título imperial en los últimos decenios del siglo XIII confirmaron el estatuto de paz de Maguncia en 1281 y una vez más, con algunas adiciones, en 1287 y, de nuevo, en 1292. Y, sin embargo, el derecho imperial volvió a declinar, en los siglos XIV y XV para resurgir sólo en 1495.

El estatuto de paz de Maguncia, como los anteriores estatutos imperiales de paz, sobrevivió, empero, como parte del "derecho común" de Alemania. Técnicamente no había un "derecho alemán" en los siglos XII y XIII, sólo la ley del Imperio, la ley de las diversas entidades territoriales, y la ley de las ciudades, así como técnicamente no hay un "derecho norteamericano", sino tan sólo la ley federal y la ley de los diversos estados. Y, sin embargo, en Alemania había un cuerpo común de instituciones, conceptos, principios y reglas jurídicos universalmente aceptado en las entidades imperiales y territoriales y en las urbanas. Muchas partes del estatuto de paz de Maguncia y de sus predecesores llegarían a filtrarse al cuerpo común del derecho alemán.

El espejo del derecho sajón ("Sachsenspiegel")

Un canal importante por el cual los anteriores estatutos de paz llegaron a formar parte del derecho común alemán fue un libro escrito por un jurista sajón a comienzos del siglo XIII (probablemente en el decenio de 1220), llamado el *Sachsenspiegel*. Su autor, Eike von Repgau (*c.* 1180-*c.* 1235), era un asesor culto (aunque sin preparación universitaria) de la clase caballeresca, quien primero escribió la obra en latín y luego la tradujo al alemán.

El *Sachsenspiegel* es una colección sistemática de reglas y principios jurídicos. Se divide en dos partes, llamada una *Landrecht*, "ley de la tierra", y la otra *Lehnrecht*, "ley de los feudos" o "derecho feudal". Cada parte se divide en varios centenares de secciones y subsecciones numeradas. En una edición moderna, el *Landrecht* ocupa aproximadamente 140 páginas, y el *Lehnrecht* cerca de cien. El tema principal es: *1)* el derecho consuetudinario de Sajonia, anotado y sistematizado por vez primera, y *2)* el derecho real del rey-emperador alemán, tanto consuetudinario como aplicado y aplicable en Sajonia y en otras partes. Al autor le preocupaban ante todo

ciertos aspectos del derecho civil (especialmente de propiedad y de herencia), el derecho penal, el judicial, el constitucional y, en la segunda parte, las relaciones entre señor y vasallo. Se omite por completo el derecho de las ciudades. Se omite el derecho mercantil. Se hacen algunas referencias al derecho canónico, especialmente a las partes que eran aplicables a la jurisdicción papal, el derecho familiar y algunas otras cuestiones. Virtualmente no hay referencias al derecho romano. Hay unas cuantas referencias a las reglas jurídicas que prevalecían en otros territorios alemanes, sobre todo en Suabia, donde diferían de las de Sajonia; por lo demás, el autor parece haber presupuesto que el derecho sajón correspondía de manera general a las reglas y los principios jurídicos que eran comunes por todos los territorios alemanes.

Las reglas y los principios se presentan con muy poco análisis conceptual y muy pocas ilustraciones concretas. Por ejemplo, se da por sentado que alguien que ayuda a otro a cometer un delito también es sujeto de castigo, pero no se da una definición de la complicidad ni se hace un esfuerzo por distinguir varias formas de complicidad. De manera semejante, se plantean varias reglas concernientes a alguien que perjudica a otro en legítima defensa, pero no se define ni analiza el concepto de legítima defensa. De hecho, todo el libro está escrito en el estilo de un conciso resumen de reglas, doctrinas, principios y preceptos (algunos de ellos, desde luego, considerablemente extensos).

El *Sachsenspiegel* contiene muchas cláusulas relacionadas con el derecho constitucional del Imperio. En esas cláusulas están implícitos tres conceptos fundamentales e interrelacionados que pueden remitirse directamente a la Revolución papal de finales del siglo XI y comienzos del siglo XII.

El primero es el concepto de que el Imperio —en realidad, la sociedad misma— se basa en el derecho. Esto está implícito en una declaración que hace el autor en el prólogo: "El propio Dios es ley; por tanto, la ley es cara a Dios". La idea de la soberanía del derecho llega tan lejos en el *Sachsenspiegel* que incluye el derecho expreso de una persona "a resistir a una decisión ilegal de su rey y de su juez, y también de ayudar a otro a hacerlo, si es su pariente o su señor".[29]

El segundo concepto básico de la constitución imperial es el de la dualidad de las entidades espirituales y las seculares: de la Iglesia y del Imperio como entidades políticas corporativas. Esto se encuentra implícito en la formulación de la doctrina de las "dos espadas" planteada en el primer artículo del primer libro del texto:

> Dios ha dejado dos espadas en la tierra para proteger a la cristiandad. Al papa se le ha dado la espada espiritual; al emperador, la secular... Lo que se levanta contra el papa, lo que él no puede imponer por su juicio espiritual, el emperador puede imponerlo por su juicio secular, para ser obediente al papa. Así, el poder espiritual también debe ayudar al juicio secular cuando se le necesite.

En un artículo posterior se añade que la Iglesia tiene jurisdicción última sobre el emperador en cuestiones de herejía (doctrina), divorcio (derecho familiar) y seguridad de la casa de oración (propiedad de la Iglesia).[30] No obstante, también se declara que la Iglesia debe imponer su voluntad, a la postre, por medio del poder imperial.[31]

El tercer concepto, que se entrelaza con los dos primeros para formar el fundamento del derecho constitucional del Imperio, es el de las diversas e interactuantes entidades seculares. Esto queda expresado en muchas cláusulas concernientes a las respectivas jurisdicciones territoriales e imperiales y con respecto a la aplicación, en casos apropiados, del derecho territorial por los tribunales ejerciendo la jurisdicción imperial.[32] También se expresa en las cláusulas concernientes a la elección del rey por los príncipes y obispos de las entidades territoriales. Aquí, el *Sachsenspiegel* se basa en la institución de la orden imperial de los príncipes, hecha por Federico *Barbarroja.* En realidad, el autor llega hasta enumerar y catalogar —por vez primera— a tres electores eclesiásticos (los obispos de Tréveris, Maguncia y Colonia) y a tres electores laicos (el conde palatino del Rin, el duque de Sajonia y el margrave de Brandeburgo). Sobre la autoridad del *Sachsenspiegel,* estos seis continuaron siendo los electores desde esa época.[33]

El derecho constitucional del Imperio hizo inevitable que muchas cláusulas de los estatutos imperiales de paz, así como de otra legislación imperial, fuesen adoptadas por la ley de las entidades territoriales. Un vehículo importante para esta recepción del derecho imperial fue el propio *Sachsenspiegel.* Uno de sus artículos se refería expresamente a "la antigua paz, que el poder imperial confirmó para la tierra de Sajonia con asentimiento de la nobleza".[34] Ésta era una referencia a uno de los primeros pactos de la Paz de Dios. Siguiendo la tradición de esos contratos, el *Sachsenspiegel* daba protección permanente a sacerdotes y clérigos, mujeres, judíos, iglesias y propiedades de la Iglesia, cementerios y vallados de las aldeas, arados y molinos, así como a los caminos y las vías fluviales del rey. Otros artículos adoptaban reglas específicas de derecho penal y civil que habían sido promulgadas en los estatutos imperiales de paz.[35] Una de tales reglas dictaba que cualquier persona que matara o hiriera a un perturbador de la paz no tendría que dar ninguna indemnización si podía probar que lo había hecho en el lugar o en plena persecución.[36]

Muy temprano, el *Sachsenspiegel* fue tratado como si constituyera autoridad. Muchas de sus cláusulas pasaron directamente al derecho de las ciudades y de otros territorios. Fue glosado por doctos juristas. Durante siglos se le consideró como una ley subsidiaria, que podía emplearse para complementar las leyes prevalecientes urbanas, territoriales o imperiales.[37] El hecho de que estuviera en alemán fue de gran significación, pues virtualmente creó un lenguaje jurídico común alemán para todas las partes germanoparlantes del Imperio.[38] Pronto tuvo imitaciones en otros "espejos de la ley": el *Schwabenspiegel,* el *Deutschenspiegel,* el *Frankenspiegel.*[39]

El derecho de los principados

La relativa flaqueza del derecho imperial alemán en los siglos XII y XIII y en adelante en comparación con el derecho real de Sicilia, Inglaterra y Francia, fue compensada por la creciente fuerza del derecho de los ducados territoriales alemanes y los principados que integraban el Imperio en el norte. Aunque las instituciones financieras y judiciales imperiales siguieran siendo relativamente primitivas, las instituciones financieras y judiciales centrales de los diversos principados conocieron un considerable desarrollo. Aunque el crecimiento de la burocracia imperial quedó muy atrás de la burocracia real de otros países, el crecimiento de la burocracia en los diversos principados fue impresionante. Aunque el poder imperial para aplicar su legislación siguiese relativamente atrasado dadas las normas generales de Europa, no ocurrió así al poder legislativo de los diversos principados. La opinión más general, basada en gran parte en la debilidad de las instituciones imperiales, de que había una desintegración general del gobierno y de la ley en Alemania en el siglo XIII y en adelante, recibe un mentís por el hecho de que en los principados se estaban fortaleciendo las instituciones centrales. En las diversas *Länder,* las tribus y los clanes alemanes ("linajes") pasaron por una transformación de las instituciones políticas y jurídicas, una sistematización y racionalización del gobierno y de la ley en los dos siglos que siguieron a la Revolución papal, paralela a la experimentada por las tribus y los clanes de los diversos reinos que había en otras partes de la cristiandad occidental. En palabras de uno de los principales historiadores de este periodo, hubo en Alemania, como en otras partes, "un proceso de reconstrucción tan poderoso que mereció el nombre de revolución constitucional".[40]

El surgimiento de los principados territoriales en Alemania, que comenzó "oscura pero perceptiblemente" a finales del siglo XI y comienzos del XII,[41] recibió un ímpetu extraordinario a mediados y finales de este último durante el reinado de Federico I *(Barbarroja).* Esto fue consecuencia directa de la Revolución papal. En su rivalidad y emulación del poder papal y en su interacción con este y otros poderes seculares, el emperador necesitaba paz y estabilidad en sus territorios alemanes. Era menester que los príncipes del Imperio controlaran a sus propios súbditos dentro de sus respectivos dominios. Además, debía depender no sólo de los príncipes seculares, sino también de los eclesiásticos, quienes como obispos debían su nombramiento y su lealtad al papa tanto como al emperador. Al establecer el orden imperial de los príncipes, Federico estableció un control directo de ellos sobre los territorios en que estaban situados. Tanto los príncipes seculares, en número de 16, como los príncipes eclesiásticos, que sumaban noventa, serían vasallos del emperador en sus territorios, pero reinarían supremos sobre toda la población que hubiese en sus respectivas jurisdicciones territoriales. La monarquía, como lo ha dicho Mitteis, fue

apartada del pueblo por la nobleza dentro de cada territorio.[42] Cuando Federico estableció el ducado de Austria como potencia independiente, declaró expresamente que "nadie, grande ni pequeño dentro del régimen de su ducado, presumirá que puede ejercer alguna justicia sin el consentimiento o la autorización del duque".[43] Como lo ha dicho Geoffrey Barraclough, el punto principal de esta cláusula era la sujeción de los diversos magnates de Austria a la autoridad del duque.[44] No obstante, también el emperador tenía sus restricciones. Federico necesitaba someter a la baja nobleza a un control, y no podía hacerlo por sí solo. Su nieto Federico II llevó este principio a su conclusión en el Tratado con los Príncipes Eclesiásticos de 1220 y en el Estatuto en Favor de los Príncipes de 1232, en que garantizó a los príncipes, eclesiásticos o seculares, sus poderes contra cualesquiera otros dentro de sus territorios. El emperador prohibió a todos intervenir en diversas formas en "el territorio o la jurisdicción" de los príncipes y restringió los poderes de los funcionarios imperiales sobre derechos territoriales como peajes y acuñación de moneda.[45]

El poder de los príncipes en los territorios alemanes se manifestó en unas instituciones gubernamentales y jurídicas similares a las que antes habían sido desarrolladas, por el poder principesco del papado y luego por el poder principesco de los reinos seculares de Sicilia, Inglaterra, Normandía y Francia: una tesorería, una judicatura, una cancillería y otros departamentos de gobierno; las ramas civil y penal y otras ramas del derecho; la adjudicación, legislación y otros procesos institucionales del desarrollo jurídico.

De todos los principados alemanes, el ducado de Baviera era el más poderoso y el de instituciones gubernamentales y jurídicas más avanzadas a finales del siglo XII y comienzos del XIII. De 1154 a 1180 fue gobernado por el primo y rival de Federico *Barbarroja,* Enrique *el León,* quien también gobernaba Sajonia; Enrique desempeñó un papel importante en la transformación de Baviera, que dejó de ser una entidad tribal y feudal para ser una entidad territorial. Lo hizo, en parte considerable, adquiriendo los poderes judiciales y otros de los señores locales que gobernaban los condados de sus territorios.[46] Cada conde tenía el poder de alta justicia *(Blutbann,* "justicia de sangre") por cesión del emperador. Sin embargo, el conde no estaba directamente subordinado al emperador ni había sido investido por éste en su cargo. Tenía sus propias tierras libres hereditarias *(allods)* y el patronato de servicios eclesiásticos (iglesias y conventos), así como jurisdicción hereditaria sobre el condado. En los siglos XII y XIII, los duques de Baviera (como los príncipes de otros territorios alemanes) usaron toda una variedad de recursos para adueñarse de la jurisdicción condal. En caso de que un conde falleciera sin herederos, su propiedad revertía al duque. El duque a veces adquiría condados por herencia, ya que su familia tenía lazos de sangre con las familias de muchos condes. Además, a veces compraba y a veces recibía en donativo la propiedad —y con ella la jurisdicción— de los condes. Por último, si se mostraban rebeldes, él iba a conquistarlos. En todos estos casos, la práctica de Enrique *el León* y de sus sucesores consistió en nombrar a sus servidores no libres (ministeriales) para remplazar a los condes libres, no como condes, sino como prefectos, a quienes los duques podían despedir a su capricho. Los duques también nombraban a funcionarios similares para gobernar poblados y castillos y para administrar los puestos de peaje. Cuando Enrique fundó Munich en 1157-1158, no estableció un gobierno autónomo de ciudad, sino que nombró funcionarios ducales, incluso a un juez ducal, para gobernarla.

En tiempos de Enrique *el León* y sus sucesores, Baviera fue gobernada como entidad territorial y no como asociación de personas y grupos cuyas principales lealtades políticas eran tribales y feudales.[47] En Sajonia, Enrique había creado la primera cancillería territorial alemana, llenándola de notarios, y fue el primer príncipe alemán que regularmente emitió documentos legales y llevó registros sistemáticos de las transacciones legales; en Baviera, la cancillería fue creada poco después de que Enrique fue expulsado y sustituido por Otón de Wittelsbach. Además, tanto en Baviera como en Sajonia, Enrique fortaleció el tribunal ducal, que llegó a ejercer una considerable jurisdicción principal sobre las disputas por desposeimientos de tierras. También convocó a representantes de los diversos estamentos en las dietas en que se promulgaban estatutos de paz y otras leyes. En un documento legal de uno de sus conventos bávaros, Enrique fue llamado "el príncipe y el juez de la tierra".

El sistema jurídico y de gobierno fundado por Enrique *el León* fue más desarrollado por sus sucesores en el siglo XIII. El cargo de diputado *(Viztum, vice-dominus,* "viceseñor"), creado por Enrique *el León,* fue instituido por la dinastía de los Wittelsbach en 1204. El diputado estaba a cargo de los asuntos financieros y remplazaba al duque como presidente del tribunal ducal. Con el tiempo, Baviera quedó dividida en cuatro partes, con un diputado en cada una. Además, fue dividida en departamentos menores *(Ämter,* "oficios"), de los que había 35 para 1228; cada departamento tenía dos funcionarios principales, un curador encargado de la administración y un juez con competencia sobre las causas mayores y menores. Los jueces también tenían jueces subordinados en los diversos distritos de sus respectivos departamentos. El diputado encargaba y revisaba el trabajo de los curadores y jueces de los departamentos. Mientras tanto, los tradicionales empleados de la casa del duque —el alguacil mayor, el mayordomo, el chambelán, el copero— se volvieron jefes de organizaciones burocráticas que se extendían por todo el ducado.

El nuevo y más centralizado sistema de administración se relacionó con una nueva insistencia en la legislación ducal. En Baviera se promulgaron cinco importantes estatutos de paz en 1244, 1256, 1281, 1293 y 1300, que extendieron y reformaron el derecho consuetudinario. Se limitó el uso de

las armas; se dio mayor protección a la vida, la propiedad y el honor; se pusieron en vigor reglas complementarias de herencia y de comercio. En contraste con casi toda la legislación imperial, los estatutos ducales no iban dirigidos principalmente a la alta nobleza, sino a los caballeros y terratenientes en general, incluyendo campesinos y ciudadanos.[48] Además, presuponían la existencia de una burocracia oficial que los interpretara y aplicara.

Ante todo, la autoridad de los duques de Baviera, como la de los príncipes de otros territorios alemanes de la época, se basaba en su adquisición de poder judicial. "Más importante que la posesión y adquisición de *regalia* [requisitos financieros y políticos] era el hecho de que dentro de todo este sistema de poder los duques obtenían la jurisdicción de los condes y de los feligreses [de iglesias y conventos]".[49] La prerrogativa real de investir a otros con autoridad judicial, llamada *Bannleihe* en alemán, pasó del emperador a los príncipes.[50] Los duques de Baviera gobernaban su ducado básicamente por medio de los jueces nombrados por sus diputados en los diversos departamentos.

Estos jueces departamentales tenían jurisdicción general sobre la alta y la baja justicia. Sin embargo, ciertos tipos de cuestiones quedaban reservadas a los tribunales ducales, principalmente por su gran importancia o por la gran categoría de las partes en disputa; los demás tipos de cuestiones se quedaban en los tribunales de poblado u otros locales, principalmente por su menor importancia o su carácter local.

La centralización de la justicia en Baviera y en los otros principados alemanes en los siglos XII y XIII fue acompañada por una racionalización de los procedimientos judiciales. Se dependió más de la presentación de pruebas en el tribunal. Los jueces interrogaban a los testigos, principalmente en los casos civiles. En las disputas por posesión de tierras, el demandante podía exigir una "demostración de pruebas", en que ambas partes, juntas, iban a ver la tierra en disputa y cada cual identificaba sus pertenencias y límites en presencia de representantes de la comunidad, quienes juzgaban la cuestión. En otro tipo de procedimientos, llamado *Kundschaft,* que denotaba exploración, búsqueda o investigación, personas de buena reputación y categoría que estaban enteradas de las cuestiones en disputa eran invitadas como testigos oficiales y se les interrogaba bajo juramento; en los casos más importantes, 21 personas, elegidas por las dos partes en conjunto, participaban en la *Kundschaft,* y se requería el acuerdo de siete, bajo juramento, para llegar a una decisión.[51] Estos nuevos procedimientos de "investigación" tendieron a remplazar a los viejos procedimientos de compurgación y ordalía.

El derecho ducal en Baviera también experimentó un cambio considerable en el concepto y el propósito del derecho penal durante los siglos XII y XIII. Antes, no se habían distinguido marcadamente el delito y el agravio. La alta justicia se había interesado principalmente por la indemnización, es

decir, por imponer acuerdos monetarios a los delincuentes en favor de sus víctimas. La "justicia de sangre" —que por lo general terminaba en ahorcamiento o mutilación— se había limitado principalmente a los casos en que el criminal había sido sorprendido en flagrante delito. En el siglo XII, la alta justicia en asuntos penales se volvió principalmente justicia de sangre, y la indemnización fue retenida, ante todo, para los casos que se ventilaban en los tribunales inferiores. De este modo, hubo una transición del sistema tribal de derecho penal a un sistema de Estado, en que los delitos eran considerados como ofensas, básicamente, contra la autoridad pública. Este movimiento también quedó asociado a un considerable aumento de los tipos de delitos declarados punibles y la severidad de los castigos. El estatuto de paz de Baviera de 1244 aumentó los tipos de homicidios a los que era aplicable la pena de muerte: el homicidio cometido por la noche, en lucha abierta, en la seducción de una mujer casada y en la violación de una virgen o de una mujer de buena reputación. El estatuto de paz de 1281 añadió otros. Asimismo, llegó a aplicarse castigo corporal a hombres libres, y no sólo a no libres. Los delitos nocturnos se volvieron igualmente punibles que los casos de criminales sorprendidos *in fraganti*. Se estableció una nueva distinción entre delitos "honorables" y "deshonrosos"; el asesinato era honorable mientras que el robo era deshonroso, y quienes eran declarados culpables de crímenes deshonrosos eran sometidos a las formas más dolorosas de muerte, mientras que quienes cometían delitos honorables tenían el derecho de asilo y mayores posibilidades de conmutación de la sentencia de muerte por el pago de una indemnización.[52]

Por último, es importante notar que el sistema de decisión era a la vez muy costoso y muy lucrativo, y que dependió del desarrollo, contemporáneo, de un sistema fiscal más moderno del que había existido en el periodo anterior; en realidad, un sistema más moderno del que la autoridad imperial pudo desarrollar en ningún momento. Toda la población del ducado, libre o no libre, secular y eclesiástica, había de pagar impuestos, los que eran administrados por un cuerpo de funcionarios ducales. Mediante la introducción del sistema de impuesto universal "se creó una inmediata relación jerárquica entre el príncipe de la tierra y los habitantes de la tierra. La obligación fiscal fue uno de los medios más eficaces para desarrollar una comunidad estatal. Hacía que la existencia y la soberanía del Estado fuesen palpables para cada quien".[53] La suma del impuesto que había que pagar no era determinada unilateralmente por la cancillería del duque, sino evaluada por funcionarios del fisco sobre la base del valor de la propiedad gravada. Esto exigía regulares visitas e inspecciones por los funcionarios del fisco. A veces el impuesto que había que pagar a un poblado, castillo o pueblo se fijaba de acuerdo con los habitantes del lugar.

Desde luego, Baviera era uno de los más avanzados, si no el más avanzado, de los principados alemanes. Y, sin embargo, no era atípico. Era básicamente similar en su estructura gubernamental y jurídica a Austria, Brandeburgo,

Brunswick, Hesse, el Palatinado del Rin, entidades eclesiásticas como Wurzburgo, Maguncia, Tréveris y otros varios principados, tanto seculares como eclesiásticos. Técnicamente no eran reinos (con excepción de Bohemia y Borgoña), pero estaban gobernados por príncipes que eran monarcas en el mismo sentido en que lo eran los reyes de Sicilia e Inglaterra; de hecho, los príncipes territoriales alemanes eran, en muchos aspectos, más parecidos a los otros reyes que el propio rey-emperador alemán, pues tenían poderes adjudicativos, administrativos y legislativos más desarrollados que el suyo. Especialmente tras la decadencia del Imperio en el siglo XIII, el tipo de gobierno monárquico que el emperador Federico *Barbarroja* había tratado de ejercer llegó a ser ejercido de hecho por los príncipes de los territorios alemanes más importantes.

España, Flandes, Hungría y Dinamarca

El desarrollo del derecho real (o principesco) en el periodo de la Revolución papal y después no se limitó a las "grandes potencias" de aquella época o de una época posterior; junto con la sistematización y expansión del derecho feudal, el señorial, el mercantil y el urbano, la sistematización y la expansión del derecho real ocurrieron por todo el Occidente por doquiera que la Iglesia católica romana afirmaba su independencia de la autoridad secular y cada vez que la monarquía se encontraba ante la tarea de organizar la paz y la justicia en la esfera secular. Por consiguiente, importa evitar una interpretación nacionalista del desarrollo del derecho real. Éste fue un fenómeno occidental y no sólo un fenómeno nacional que se repitiera en varios países, lo que se demuestra por el hecho de que ocurrió casi por doquier, tanto en el centro como en la periferia de Occidente.

España

En el siglo VII, los moros conquistaron toda la península ibérica y sólo fueron contenidos, finalmente, en el año 732 por los francos, a las órdenes de Carlos Martel, en Poitiers, menos de 370 kilómetros al suroeste de París. En los siguientes siglos se efectuó una gradual reconquista francocristiana de los territorios de la España septentrional, resultando en el establecimiento de los reinos independientes de Cataluña, Navarra, Aragón, León (Galicia) y, finalmente, Portugal. En los siglos XI y XII, estos territorios experimentaron el mismo movimiento revolucionario que había recorrido todo el resto de la cristiandad. En la esfera del derecho, la Iglesia llegó a ser gobernada en los territorios españoles por los mismos procedimientos y principios básicos del derecho canónico que en cualquier otra parte. Asimismo, quedaron más sistematizados el derecho feudal, el señorial y el mercantil. Se crearon ciudades y poblados autónomos nuevos, cada uno con su propia milicia, su propio gobierno y su propia ley. El gran puerto marítimo de Barcelona, dentro del condado de Barcelona pero bajo la jurisdicción última del rey de Aragón, fue una de las principales ciudades de Europa. Y doquiera que se afirmó el poder real, especialmente en Castilla, Cataluña y Aragón, surgieron sistemas de derecho real (o principesco) más o menos comparables a los de Sicilia, Inglaterra, Normandía, Francia y los principados alemanes.

Aunque en aquellos tiempos no existía "España", ciertos hechos históricos ocurrieron en todos los reinos ibéricos del Norte. El primero fue su conquista por los moros y su reconquista por los francos. El segundo fue la tenue supervivencia del derecho visigodo anterior a los moros, con algunos elementos romanos, especialmente los que se reflejaron en un código emitido por el rey visigodo Recesvinto a finales del siglo XI, el Fuero Juzgo, también conocido como la *Lex barbara Visigothorum*.[54] Sin embargo, todos estos factores comunes de historia local fueron superados por la nueva ciencia jurídica de los siglos XI y XII, relacionada con el resurgimiento del estudio del derecho romano y el desarrollo de un nuevo y moderno sistema de derecho canónico.

Cataluña y Aragón

Cataluña, gobernada por los condes de Barcelona, quedó bajo la influencia del movimiento de la Paz de Dios a comienzos del siglo XI (Sínodo de Elna, 1027).[55] En este movimiento desempeñó un papel importante el conde Ramón Berenguer I (1053-1071), quien también promulgó los Usatges de Barcelona, compilación de leyes y costumbres de una gran variedad de fuentes, visigodas y romanas, seculares y eclesiásticas, judiciales y legislativas. En el siglo XI el movimiento de la Paz de Dios fue seguido en Cataluña por una época de estatutos de paz seculares, que también aparecieron en Aragón; éstos se desarrollaron de una manera similar a la de los estatutos de paz alemanes; los primeros siguieron el modelo de las proclamas de la Paz de Dios, los últimos adoptaron una forma más legislativa que contractual y trataron de nuevas esferas de procedimiento, matrimonio, deuda y delitos públicos y, asimismo, como en Alemania, dieron mayor importancia al papel de los funcionarios públicos. Un estatuto sobre incendio decretado por Alfonso II en 1192 —para entonces, los condes de Barcelona también eran reyes de Aragón— corre paralelo al estatuto sobre incendios, del emperador Federico *Barbarroja* de 1186.

En 1173, el derecho romano fue reconocido formalmente como ley subsidiaria en Cataluña. Era, desde luego, el derecho romano culto de las universidades, al cual se podía recurrir para llenar los huecos que se encontraran en el prevaleciente derecho de Cataluña.

En 1247 el rey Jaime I, quien gobernó Aragón durante 63 años, de 1213

a 1276, promulgó un código de leyes para Aragón: el *Libro de Huesca,* que introdujo buen número de elementos del derecho canónico y el derecho romano, especialmente con respecto a la sucesión, los contratos y la presentación de pruebas.[56] Redactado por el obispo de Huesca, era una presentación sistemática de la ley, dividido en ocho libros, dedicado principalmente al derecho civil, el derecho penal y los procedimientos. Pretendía ser aplicado por los tribunales, incluso los del rey. Después sería engrosado por los sucesores de Jaime, así como los *Usages* de Barcelona fueron aumentados por los sucesores del conde Ramón Berenguer I.

Castilla y León

Estos dos reinos estuvieron unidos durante la primera mitad del siglo XII y gran parte del XIII. Su desarrollo jurídico fue un poco posterior al de Cataluña y Aragón. También surgió originalmente del movimiento de la Paz de Dios, y fue muy estimulado por el desarrollo del derecho canónico y por el renovado estudio del derecho romano. La Universidad de Salamanca, fundada a comienzos del siglo XIII, pronto fue el centro del estudio del derecho romano y el derecho canónico.[57] Además, el desarrollo del derecho real recibió una poderosa influencia de una sucesión de grandes reyes: Fernando III (1217-1252), cuya madre fue una princesa suaba de notable inteligencia y habilidad; su hijo Alfonso *el Sabio* (1252-1284); y su bisnieto Alfonso XI (1311-1350). Estos reyes promulgaron una importante legislación y emitieron completísimos textos jurídicos, incluyendo el Fuero Real (1255) y las Siete Partidas (cerca de 1265).[58] Este último fue un tratado sistemático, dividido en siete partes, organizado por temas y que contenía más de 500 artículos. En lo esencial era un compendio de derecho romano y canónico un tanto adaptado a las condiciones castellanas. Sin embargo, no echó raíces profundas en la vida real, y, por lo general, los esfuerzos de los grandes reyes de los siglos XIII y XIV por unificar la ley de Castilla no pudieron contrarrestar la presión ejercida por los diversos lugares, que deseaban conservar sus propias costumbres.

Flandes

En los siglos XI y XII los condes de Flandes, cuyo territorio cubría gran parte de lo que hoy son Bélgica y Holanda y que eran reyes en todo salvo en nombre, desempeñaron un papel importante en la transformación revolucionaria del derecho occidental. El movimiento de la Paz de Dios brotó en Flandes en el siglo XI, y las declaraciones de paz más importantes fueron las de 1034 y 1099. El primer estatuto secular de paz *(Landfriede)* fue proclamado en 1111 cuando, poco antes de morir, el conde Roberto II reunió a sus notables y les hizo jurar la paz. Este documento tuvo gran

importancia para el futuro desarrollo tanto del derecho urbano flamenco como del derecho común flamenco ("ley de la tierra"). Fue renovado por los sucesores de Roberto en 1111, 1119, 1138 y con frecuencia en adelante. Se le ha llamado "el fundamento de casi todas las cláusulas del antiguo derecho flamenco".[59]

Sin embargo, es el conde Felipe (1169-1191), cuyo reinado coincidió con el de Enrique II de Inglaterra y el del emperador Federico *Barbarroja* y se traslapó con el de Felipe *Augusto* de Francia, el que puede considerarse como fundador del sistema moderno de derecho flamenco. A Felipe se le ha llamado "el primer legislador de Flandes".[60] Legisló, en parte, por medio de estatutos de paz. Asimismo, otorgó a muchas ciudades, incluso a Brujas —que a la sazón era el principal centro comercial de Europa— su propia ley, llamada *Keure*. Centralizó la justicia, manteniendo un sistema de funcionarios encargados de aplicar la ley real, llamados bailes. En 1178 decretó un estatuto respecto a los poderes de éstos, incluyendo una cláusula de que el baile podría detener a cualquier malhechor que aún no hubiese sido presentado ante los asesores, y que se impondría un castigo a todo el que no respondiera a la petición de ayuda de un baile.[61]

De las luchas dinásticas que siguieron a la muerte de Felipe surgió el conde Balduino I de Henegau como gobernante de Flandes. En su propio condado ya gozaba de fama de legislador: en 1200 había proclamado dos estatutos para Henegau, uno sobre los feudos y otro que trataba del derecho y el procedimiento penales. Henegau, en contraste con Flandes, también tenía una colección de costumbres, llamada la *coutume générale*. Cuando Balduino fue a Flandes llevó consigo a sus propios sabios para redactar obras sobre su derecho, sus costumbres y su historia.

Aunque Flandes no tuvo gobernantes poderosos después de Balduino, la actividad legislativa continuó en el siglo XIII, y los condes flamencos lograron, hasta cierto punto, extender su administración por los campos y racionalizar su aparato gubernamental y jurídico. Se desarrolló la doctrina de *cas reserves* ("casos reservados") como recurso para sacar diversos delitos de las tradicionales jurisdicciones local y feudal y llevarlos a la de los condes. A finales del siglo XIII los condes, siguiendo el consejo de sus juristas profesionales, estaban utilizando argumentos tomados del derecho romano para favorecer sus propios fines. Sin embargo, sus ambiciones centralizadoras acabaron por ser frustradas por entidades políticas corporativas de otro tipo, que tenían su propia ley, reconocida por los condes: a saber, las ciudades flamencas.

Hungría

Los reyes húngaros tenían nexos estrechos con otros gobernantes europeos y trataron de imitarlos, pero sus triunfos siempre resultaron temporales, pues era excesivo el poder de los nobles, aferrados a sus costumbres tradi-

cionales; también constituyó una diferencia el hecho de que la población fuese predominantemente magiar y no germánica.[62] Luego, a mediados del siglo XIII, la invasión mongola anuló todo progreso que se hubiese logrado hacia un Estado centralizado. Y, sin embargo, aún en Hungría, en la periferia de la civilización occidental, pueden verse los avances de la transformación jurídica.

En 1074, en plena guerra civil, el rey Géza pidió ayuda al papa Gregorio VII. Gregorio, intentando aplicar la misma táctica que tanto éxito tuviera en Sicilia y Croacia, prometió que reconocería el derecho de Géza, a cambio de la soberanía papal. Pero Géza se negó, y en cambio se hizo coronar con una corona llevada desde Bizancio.

Los sucesores de Géza, Ladislao (1077-1095) y su hijo Colomán (1095-1114) fueron los primeros legisladores de Hungría. Ladislao emitió tres conjuntos de leyes que trataban de medidas penales contra paganos, administración de justicia real, castigos contra los ladrones, protección de la propiedad y otras cuestiones. Colomán, quien casó con una hija del conde Rogerio de Sicilia, emitió una reforma legal en 84 artículos, algunos de los cuales mitigaban la severidad de las leyes de su padre. Suprimió el juicio por hechicería, aumentó el número de los tribunales, redujo los combates judiciales, estableció límites y procedimientos de jurisdicción y distinguió marcadamente entre la disciplina eclesiástica y la laica.

Hubo que esperar al año de 1172 para que apareciera otro poderoso gobernante interesado en la reforma interna, Bela III (1172-1196). Casó con Margarita Capeto, hija de Luis VII de Francia y viuda de Enrique *el Menor*, hijo de Enrique II de Inglaterra. Durante el reinado de Bela muchos intelectuales húngaros fueron a estudiar a París y volvieron para ocupar puestos en los nuevos órganos administrativos formados siguiendo ejemplos occidentales, incluso una cancillería.

Sin embargo, los sucesores de Bela no lograron llevar adelante su política centralizadora. En 1222, como reacción a la maquinaria real, los nobles y los pequeños terratenientes obligaron al rey Andrés II a firmar la Bula de Oro, documento que, como la Carta Magna inglesa de 1215 y el Estatuto alemán en favor de los príncipes, de 1232, se basaba en conceptos jurídicos contemporáneos para reducir el poder real. Entre sus 31 cláusulas había una que declaraba ilegal poner en prisión a un noble hasta que hubiese sido debidamente juzgado y sentenciado. Una más prohibía que el principal funcionario judicial atendiera casos sobre vida o propiedad sin conocimiento del rey. Otras cláusulas garantizaban los derechos de los pequeños terratenientes y regulaban diversos abusos gubernamentales. También se mantenía el derecho de resistencia de los nobles contra actos ilegales del rey. En parte como resultado de la Bula de Oro, el derecho real en Hungría siguió siendo débil en comparación con el de otros países occidentales de comienzos del siglo XIII. Y la invasión de los mongoles en 1241 dejó devastado todo el país.

Dinamarca

El desarrollo del derecho real en Dinamarca fue tardío pero impresionante.[63] A comienzos del siglo XIII el rey Canuto II trató de fijar impuestos, de recabar multas y, en general, de afirmar la autoridad real, pero fue destronado y asesinado. Sin embargo, en 1241, Valdemar II emitió la *Jutae Logh*, o Ley de Jutlandia, primera colección oficial escandinava de leyes.[64] Fue precedida por dos obras de autores privados, las leyes escanianas y zeelandesas escritas, asimismo, durante el reinado de Valdemar II.

La *Jutae Logh* se divide en tres libros y contiene un total de 242 capítulos. Hay una división muy burda entre derecho de propiedad, civil y penal. Las fuentes de la ley son principalmente el derecho consuetudinario, los decretos de gobernantes anteriores y la ley urbana de Schleswig. No se encuentran allí influencias directas del derecho romano, pero sí es obvia la influencia del derecho canónico. Las primeras frases del preámbulo declaran:

> Por ley, se ordenará la tierra. Si cada hombre estuviera contento con lo que es suyo y concediera a los demás el mismo derecho, no se necesitaría ninguna ley. Si la tierra no tuviera ley, tendría más el que más pudiera tomar; por tanto, habrá que hacer ley para satisfacer las necesidades de todos. Es cargo del rey y de los jefes que hay en este país guardar la ley y hacer justicia y salvar a todos los que se encuentren en estrecheces, como las viudas y los hijos sin tutores y los peregrinos y los extranjeros y los pobres, que son las principales víctimas.[65]

Entre otros rasgos "modernos" de la Ley de Jutlandia se encuentra el remplazo de la compurgación por el juicio por jurado.

Otros ejemplos de la participación de Dinamarca en la transformación del derecho occidental de este periodo son la creación de una cancillería, de funcionarios de la casa real y de funcionarios de provincia. A menudo, los hijos de los nobles eran enviados a estudiar a París.[66]

Es probable que la influencia danesa contribuyera a la promulgación, en 1275, del primer código de derecho noruego, decretado por un gobernante que llevaba el formidable nombre de rey Magno *el Legislador*.

El derecho real y el derecho canónico

Los sistemas de derecho real que se desarrollaron en los diversos reinos y principados de Europa durante los siglos XII y XIII tuvieron muchos rasgos en común. Al mismo tiempo, todos ellos mostraron una semejanza estructural con el sistema de derecho canónico que prevalecía por toda la cristiandad occidental. En cada reino o principado, el derecho real o el derecho canónico se complementaban mutuamente por lo que puede decirse que constituían partes integrales de un solo orden jurídico.

1. Tanto el derecho canónico como el real ejercían una competencia y una jurisdicción limitadas. El derecho canónico se arrogaba competencia al tratar de causas penales y civiles por el pecado y por perjurio; el derecho real se arrogaba competencia al tratar de causas penales y civiles debidas a posesión de tierras libres y perturbación de la paz del rey. El derecho canónico se arrogaba jurisdicción sobre los clérigos y sobre las propiedades de la Iglesia, así como sobre los laicos acusados de pecado y perjurio; el derecho real exigía jurisdicción sobre los terratenientes libres y felones, así como sobre cuestiones que afectaran a la Corona y a la propiedad de ésta. La competencia y la jurisdicción de los dos tipos de sistemas jurídicos se traslapaban en ciertos puntos, y entre ellos hubo choques. Y, sin embargo, durante largo tiempo pudieron coexistir más o menos pacíficamente.

2. Tanto el derecho canónico como el real estaban fundados en la autoridad de las fuentes externas del derecho, en las que buscaban objetividad y generalidad. Ambos encontraron tales fuentes en el derecho divino y en el natural (razón y conciencia). Además, el derecho canónico buscaba en los textos sagrados, incluso los cánones y decretos promulgados por concilios de la Iglesia, por los papas y por otras personas con autoridad, mientras que el derecho real buscaba, en general, en las proclamas reales (que, sin embargo, en términos generales eran mucho menos elaboradas que la legislación eclesiástica). Ambos sistemas también consideraban la costumbre como fuente considerable del derecho, aunque el derecho real dependiera mucho más de la costumbre que el canónico. En los procedimientos judiciales, el derecho canónico se basaba en el testimonio obtenido por interrogatorio bajo juramento, como muchos de los sistemas del derecho real. Sin embargo, el derecho real inglés se basaba en el reconocimiento jurado de los vecinos, aunque los parlamentos ingleses en el siglo XIII, formando tribunales, y el tribunal del canciller en los siglos XIV y XV adaptaron el procedimiento canónico a sus propios usos. También los tribunales reales (o ducales) alemanes se basaron en las declaraciones juradas de costumbres prevalecientes por portavoces de la ley *(Schöffen)*.

3. Tanto el derecho canónico como el real quedaron sistematizados, aunque el primero lo fue mucho más. Fue aún más sistematizado que el resurgiente derecho romano, su "sirvienta", que no era el derecho positivo de ninguna jurisdicción, aunque a menudo se le llamara "derecho subsidiario", y que, aun cuando se decía que gobernara, nunca formó todo el cuerpo del derecho imperante.

El derecho canónico (como el romano) era una disciplina universal, una "ciencia". El derecho real estaba más cerca del consuetudinario. El derecho real no embonaba tan fácilmente en una estructura intelectual. En Inglaterra, donde al principio el derecho real se desarrolló básicamente dentro de los límites del sistema de decretos, la *analogía* desempeñó un papel importante al extender, gradualmente, los remedios judiciales. Por idéntica razón, la *generalización* y la *síntesis* desempeñaron un papel más

limitado. Aun en el siglo XIV, cuando se llegó a estudiar y a aplicar el derecho común en las *Inns of Court*, se hizo gran énfasis en sus aspectos técnicos. Desde luego, Glanvill escribió un excelente libro sobre el derecho real inglés en 1187, pero fue básicamente un comentario a los decretos, en el mismo estilo de las monografías de los canonistas sobre las formas canónicas de demanda *(libelli)* y no un tratado *(tractatus)* o una *summa*. En el siglo siguiente, el gran tratado de Bracton fue considerablemente más sustancial, y se le ha llamado *summa*, pero cayó en desuso al cabo de varias generaciones y no apareció nada que fuera capaz de complementarlo o de remplazarlo. En Sicilia, Normandía, Francia, los ducados alemanes y otras partes, como en Inglaterra, el derecho real (o el ducal) quedó mucho menos sistematizado que el canónico. Hubo unos cuantos tratados, como el de Beaumanoir y el *Sachsenspiegel*, que resumían el "derecho común" francés y alemán, respectivamente, pero sobre tales temas no hubo una preparación universitaria, salvo la que pudiese ser tocada de paso en los cursos de derecho romano y en discusiones de la costumbre como fuente del derecho. El derecho real, como otras formas de derecho secular, no necesitó ser presentado en libros de texto y enseñado en cursos universitarios para gozar de aceptación como cuerpo de derecho integrado, continuo y autónomo, mientras que una preparación jurídica sí fue indispensable para la creación del sistema moderno de derecho canónico.

Las diferencias de grado y carácter de la sistematización de los dos tipos de la ley pueden explicarse en parte por las diferencias en la concepción de los órdenes espiritual y secular. El orden secular era, por definición, más caótico, más desorganizado, menos enfocado que el orden espiritual (eclesiástico). El orden secular necesitaba más reforma y redención. Desde luego, el derecho secular, al ayudar a satisfacer esa necesidad, quedaba sujeto a la razón: pretendía ser científico y sistemático; se le pondría a prueba por normas de justicia y de verdad. Pero estaba más cerca de la costumbre que el derecho canónico, y, por tanto, más cerca del desorden y la violencia. Al mismo tiempo, estaba más sujeto a formalidades. Por ambas razones —su carácter consuetudinario y su carácter formal— era más difícil de sistematizar.

Empero, si comparamos el derecho real en el año 1200 —en Sicilia, Inglaterra, Francia, los ducados alemanes y en otras partes— con el derecho real en el año 1000 en los mismos países, nos llamará la atención el alto grado de sistematización que logró, y hasta qué punto se emancipó de la costumbre y de todo formalismo.

4. Tanto el derecho real como el canónico, además de ser gobernados por estos tres principios —competencia y jurisdicción limitada, dependencia de fuentes externas de autoridad y sistematización consciente—, también eran regidos por el principio del desarrollo consciente a lo largo de generaciones. Suponíase que ambos no sólo eran sistemas, sino sistemas vivos y en desarrollo. En el derecho canónico, esta capacidad de desarrollo

1. Tanto el derecho canónico como el real ejercían una competencia y una jurisdicción limitadas. El derecho canónico se arrogaba competencia al tratar de causas penales y civiles por el pecado y por perjurio; el derecho real se arrogaba competencia al tratar de causas penales y civiles debidas a posesión de tierras libres y perturbación de la paz del rey. El derecho canónico se arrogaba jurisdicción sobre los clérigos y sobre las propiedades de la Iglesia, así como sobre los laicos acusados de pecado y perjurio; el derecho real exigía jurisdicción sobre los terratenientes libres y felones, así como sobre cuestiones que afectaran a la Corona y a la propiedad de ésta. La competencia y la jurisdicción de los dos tipos de sistemas jurídicos se traslapaban en ciertos puntos, y entre ellos hubo choques. Y, sin embargo, durante largo tiempo pudieron coexistir más o menos pacíficamente.

2. Tanto el derecho canónico como el real estaban fundados en la autoridad de las fuentes externas del derecho, en las que buscaban objetividad y generalidad. Ambos encontraron tales fuentes en el derecho divino y en el natural (razón y conciencia). Además, el derecho canónico buscaba en los textos sagrados, incluso los cánones y decretos promulgados por concilios de la Iglesia, por los papas y por otras personas con autoridad, mientras que el derecho real buscaba, en general, en las proclamas reales (que, sin embargo, en términos generales eran mucho menos elaboradas que la legislación eclesiástica). Ambos sistemas también consideraban la costumbre como fuente considerable del derecho, aunque el derecho real dependiera mucho más de la costumbre que el canónico. En los procedimientos judiciales, el derecho canónico se basaba en el testimonio obtenido por interrogatorio bajo juramento, como muchos de los sistemas del derecho real. Sin embargo, el derecho real inglés se basaba en el reconocimiento jurado de los vecinos, aunque los parlamentos ingleses en el siglo XIII, formando tribunales, y el tribunal del canciller en los siglos XIV y XV adaptaron el procedimiento canónico a sus propios usos. También los tribunales reales (o ducales) alemanes se basaron en las declaraciones juradas de costumbres prevalecientes por portavoces de la ley *(Schöffen)*.

3. Tanto el derecho canónico como el real quedaron sistematizados, aunque el primero lo fue mucho más. Fue aún más sistematizado que el resurgiente derecho romano, su "sirvienta", que no era el derecho positivo de ninguna jurisdicción, aunque a menudo se le llamara "derecho subsidiario", y que, aun cuando se decía que gobernara, nunca formó todo el cuerpo del derecho imperante.

El derecho canónico (como el romano) era una disciplina universal, una "ciencia". El derecho real estaba más cerca del consuetudinario. El derecho real no embonaba tan fácilmente en una estructura intelectual. En Inglaterra, donde al principio el derecho real se desarrolló básicamente dentro de los límites del sistema de decretos, la *analogía* desempeñó un papel importante al extender, gradualmente, los remedios judiciales. Por idéntica razón, la *generalización* y la *síntesis* desempeñaron un papel más

limitado. Aun en el siglo XIV, cuando se llegó a estudiar y a aplicar el derecho común en las *Inns of Court*, se hizo gran énfasis en sus aspectos técnicos. Desde luego, Glanvill escribió un excelente libro sobre el derecho real inglés en 1187, pero fue básicamente un comentario a los decretos, en el mismo estilo de las monografías de los canonistas sobre las formas canónicas de demanda *(libelli)* y no un tratado *(tractatus)* o una *summa*. En el siglo siguiente, el gran tratado de Bracton fue considerablemente más sustancial, y se le ha llamado *summa*, pero cayó en desuso al cabo de varias generaciones y no apareció nada que fuera capaz de complementarlo o de remplazarlo. En Sicilia, Normandía, Francia, los ducados alemanes y otras partes, como en Inglaterra, el derecho real (o el ducal) quedó mucho menos sistematizado que el canónico. Hubo unos cuantos tratados, como el de Beaumanoir y el *Sachsenspiegel*, que resumían el "derecho común" francés y alemán, respectivamente, pero sobre tales temas no hubo una preparación universitaria, salvo la que pudiese ser tocada de paso en los cursos de derecho romano y en discusiones de la costumbre como fuente del derecho. El derecho real, como otras formas de derecho secular, no necesitó ser presentado en libros de texto y enseñado en cursos universitarios para gozar de aceptación como cuerpo de derecho integrado, continuo y autónomo, mientras que una preparación jurídica sí fue indispensable para la creación del sistema moderno de derecho canónico.

Las diferencias de grado y carácter de la sistematización de los dos tipos de la ley pueden explicarse en parte por las diferencias en la concepción de los órdenes espiritual y secular. El orden secular era, por definición, más caótico, más desorganizado, menos enfocado que el orden espiritual (eclesiástico). El orden secular necesitaba más reforma y redención. Desde luego, el derecho secular, al ayudar a satisfacer esa necesidad, quedaba sujeto a la razón: pretendía ser científico y sistemático; se le pondría a prueba por normas de justicia y de verdad. Pero estaba más cerca de la costumbre que el derecho canónico, y, por tanto, más cerca del desorden y la violencia. Al mismo tiempo, estaba más sujeto a formalidades. Por ambas razones —su carácter consuetudinario y su carácter formal— era más difícil de sistematizar.

Empero, si comparamos el derecho real en el año 1200 —en Sicilia, Inglaterra, Francia, los ducados alemanes y en otras partes— con el derecho real en el año 1000 en los mismos países, nos llamará la atención el alto grado de sistematización que logró, y hasta qué punto se emancipó de la costumbre y de todo formalismo.

4. Tanto el derecho real como el canónico, además de ser gobernados por estos tres principios —competencia y jurisdicción limitada, dependencia de fuentes externas de autoridad y sistematización consciente—, también eran regidos por el principio del desarrollo consciente a lo largo de generaciones. Suponíase que ambos no sólo eran sistemas, sino sistemas vivos y en desarrollo. En el derecho canónico, esta capacidad de desarrollo

continuo se expresó en la consciente continuidad de la legislación proclamada por concilios eclesiásticos y por papas, así como por decisiones judiciales decretadas en los tribunales papales y en otros. También se expresó en la consciente continuidad de la enseñanza y la escolaridad. En los diversos sistemas de derecho real, el principio de desarrollo consciente o continuidad se expresó de manera similar en la continuidad de la legislación real y la adjudicación, así como en la continuidad de la enseñanza y la escolaridad.

5. Por último, tanto el derecho real como el canónico ejemplificaron la creencia de que toda ley llevaba dentro de sí ciertos propósitos identificados con la justicia; estos propósitos internos habían de guiar la interpretación y la aplicación de reglas y técnicas jurídicas. De este modo, no se pensaba que el derecho real ni el canónico fuesen, ante todo, conjuntos de reglas, aunque ninguno de ellos pudiese funcionar sin reglas, y en ambos se aceptaba que las reglas debían formar un cuerpo, en el sentido de un sistema coherente. Cada uno era visto básicamente como un proceso de hacer, interpretar y aplicar reglas de tal modo que se realizaran sus propósitos internos de justicia. Aristóteles había definido la equidad como "la corrección de la ley donde es defectuosa por razón de su universalidad". Equidad es justicia, había dicho, pero es mejor que cierto tipo de justicia, a saber, ese tipo "donde es necesario hablar universalmente, pero imposible hacerlo correctamente [y] la ley adopta el caso más general, aunque tenga clara conciencia de su incorrección". En tales casos "es apropiado... corregir el defecto, como lo dirigiría el propio legislador si estuviera entonces presente, o como hubiese legislado si hubiese tenido conciencia del caso".[67] Este general concepto de la equidad pasó al pensamiento estoico y luego a la cristiandad, oriental y occidental. Se manifestó en el derecho romano de Justiniano por medio de doctrinas tan equitativas como las de la buena fe, el enriquecimiento injusto y la justicia sustancial. Sin embargo, al revivir la filosofía aristotélica y el derecho romano, la Iglesia de finales del siglo XI y comienzos del XII dio un nuevo contenido moral y cultural al concepto de equidad. En particular, tanto el derecho canónico como el real añadieron al anterior y más general concepto de equidad varios requerimientos específicos de la conciencia cristiana: la protección de los pobres y los desamparados (incluso viudas y huérfanos), la aplicación de relaciones de confianza (incluso los donativos a los que se darían propósitos de caridad) y otros requerimientos. En la Inglaterra de los siglos XIV y XV, cuando los dos tribunales reales limitaron su competencia en tales asuntos, el canciller del rey, que por entonces era casi invariablemente un alto dignatario de la Iglesia de Roma, empezó a ejercer una jurisdicción excepcional "por motivos de conciencia" y "por motivos de equidad". Sin embargo, en otros sistemas europeos de derecho real, y en Inglaterra en los siglos XII y XIII, no se consideró que la "equidad" estuviera separada de la "ley", sino que, por lo contrario, que era parte integral de ella. Como en el derecho canónico, la equidad

de los tribunales reales era ese aspecto del derecho que le daba su capacidad de adaptar reglas antiguas a circunstancias nuevas ("excepcionales") con objeto de hacer justicia.

Comparaciones similares podrían hacerse entre el derecho real y los otros tipos de sistemas jurídicos seculares: los derechos feudal, señorial, urbano y mercantil. El derecho real tenía una cierta relación con esos otros sistemas jurídicos seculares, análoga a la relación que el derecho canónico tenía con el real: en comparación con ellos, el derecho real era más general, más refinado, más avanzado, o al menos avanzaría con mayor rapidez en los siglos siguientes. Y cuando sobrevino el ataque al derecho canónico de la Iglesia en el siglo XVI, fue el derecho de los reyes y príncipes el que desempeñó un papel importante en su contra; el derecho señorial había desaparecido casi por completo, el derecho feudal sobrevivía principalmente como vestigio del pasado, y el derecho urbano y mercantil había quedado cada vez más subordinado al derecho real.

CONCLUSIÓN

La primera de las grandes revoluciones de la historia de Occidente fue la revolución contra el dominio del clero por emperadores, reyes y señores, y por el establecimiento de la Iglesia de Roma como entidad independiente, corporativa, política y legal bajo el papado. La Iglesia, considerada ahora, ante todo, como el clero, se esforzaría por la redención de los laicos y la reforma del mundo por medio del derecho, en dirección de la justicia y la paz. Sin embargo, ésta fue sólo una de las caras de la Revolución papal. Otra fue la intensificación de la autoridad política secular y legal de emperadores, reyes y señores, así como la creación de miles de ciudades autónomas que se gobernaban por sí solas. Otra cara fue la enorme expansión de la actividad económica, sobre todo la agricultura, el comercio y los oficios. Otra más fue la fundación de las universidades y el desarrollo de las nuevas ciencias de la teología y el derecho. Hubo, asimismo, otras caras. En suma, la Revolución papal revistió el carácter de un cambio total. Planteaba no sólo un nuevo cielo, sino también una nueva tierra. La Querella de las Investiduras y la Reforma gregoriana fueron sólo partes de ella.

La Revolución papal había estado preparándose desde hacía por lo menos una generación. El partido papista dio los primeros pasos manifiestos hacia ella en los decenios de 1050 y 1060. En 1059 el papa Nicolás II, en el Sínodo de Roma, prohibió por vez primera las investiduras y estableció un procedimiento para la elección de papas por los cardenales, arrancando así al emperador la capacidad de nombrar al papa. En 1075 el papa Gregorio VII arrojó el guante en sus Dictados del Papa. De 1076 a 1122 estallaron guerras en varias partes de Europa entre los partidarios y los adversarios de la autoridad papal y su programa. Con el tiempo, se llegó a ciertos acuerdos. Ninguno de los dos bandos salió totalmente victorioso.

Fue este total trastorno el que hizo nacer la tradición jurídica occidental.

La Iglesia de Occidente necesitaba un sistema de derecho para mantener su nueva unidad jurídica corporativa y visible, bajo el papado; la separación del derecho canónico de la teología y de la liturgia, y su sistematización y racionalización, fueron necesarias como fuente de legitimidad y como medio de control por las autoridades eclesiásticas centrales, y también como eficaz símbolo de la separada identidad corporativa del clero en conjunto. El nuevo *ius canonicum* también fue esencial para el mantenimiento del nuevo conjunto de relaciones de la Iglesia con las diversas autoridades seculares. También las distintas autoridades seculares necesitaban sistemas de derecho relativamente autónomos y racionales para

CONCLUSIÓN

La primera de las grandes revoluciones de la historia de Occidente fue la revolución contra el dominio del clero por emperadores, reyes y señores, y por el establecimiento de la Iglesia de Roma como entidad independiente, corporativa, política y legal bajo el papado. La Iglesia, considerada ahora, ante todo, como el clero, se esforzaría por la redención de los laicos y la reforma del mundo por medio del derecho, en dirección de la justicia y la paz. Sin embargo, ésta fue sólo una de las caras de la Revolución papal. Otra fue la intensificación de la autoridad política secular y legal de emperadores, reyes y señores, así como la creación de miles de ciudades autónomas que se gobernaban por sí solas. Otra cara fue la enorme expansión de la actividad económica, sobre todo la agricultura, el comercio y los oficios. Otra más fue la fundación de las universidades y el desarrollo de las nuevas ciencias de la teología y el derecho. Hubo, asimismo, otras caras. En suma, la Revolución papal revistió el carácter de un cambio total. Planteaba no sólo un nuevo cielo, sino también una nueva tierra. La Querella de las Investiduras y la Reforma gregoriana fueron sólo partes de ella.

La Revolución papal había estado preparándose desde hacía por lo menos una generación. El partido papista dio los primeros pasos manifiestos hacia ella en los decenios de 1050 y 1060. En 1059 el papa Nicolás II, en el Sínodo de Roma, prohibió por vez primera las investiduras y estableció un procedimiento para la elección de papas por los cardenales, arrancando así al emperador la capacidad de nombrar al papa. En 1075 el papa Gregorio VII arrojó el guante en sus Dictados del Papa. De 1076 a 1122 estallaron guerras en varias partes de Europa entre los partidarios y los adversarios de la autoridad papal y su programa. Con el tiempo, se llegó a ciertos acuerdos. Ninguno de los dos bandos salió totalmente victorioso.

Fue este total trastorno el que hizo nacer la tradición jurídica occidental.

La Iglesia de Occidente necesitaba un sistema de derecho para mantener su nueva unidad jurídica corporativa y visible, bajo el papado; la separación del derecho canónico de la teología y de la liturgia, y su sistematización y racionalización, fueron necesarias como fuente de legitimidad y como medio de control por las autoridades eclesiásticas centrales, y también como eficaz símbolo de la separada identidad corporativa del clero en conjunto. El nuevo *ius canonicum* también fue esencial para el mantenimiento del nuevo conjunto de relaciones de la Iglesia con las diversas autoridades seculares. También las distintas autoridades seculares necesitaban sistemas de derecho relativamente autónomos y racionales para

CUADRO 1. *Derecho canónico, derecho urbano, derecho real y derecho feudal, siglos XI a XIII*

	Derecho canónico (incluso derecho romano)	*Derecho urbano*	*Derecho real: Sicilia*	*Derecho real: Inglaterra y Normandía*	*Derecho real: Francia*	*Derecho real: Alemania, Flandes, Hungría; derecho feudal*
1030	1030					1037 Estatuto feudal del emperador Conrado II
1040	1040 Tregua de Dios introducida por la abadía de Cluny 1049 Papa León IX (1049-1054)					
1050	1054 Cisma de las Iglesias de Oriente y Occidente	1056 Costumbres de Génova 1057 Comuna establecida en Milán				
	1059 Sínodo de Roma: los cardenales elegirán al papa, se prohíbe la investidura por laicos		1059 Roberto Guiscardo es investido por el papa como duque de Apulia y Calabria			
1060		1066 Cédula otorgada a Londres		1066 Guillermo I (1066-1087): conquista normanda de Inglaterra		
1070				1072 Decreto que separa los tribunales seculares y eclesiásticos		1068 *Usages* de Barcelona
	1073 Papa Gregorio VII (1073-1085)	1073 Libertades concedidas en Worms 1074 Rebelión contra el arzobispo de Colonia 1075 Comuna juramentada en Cambrai				
	1075 *Dictados del Papa* Querella de las Investiduras (1075-1122) 1077 Emperador Enrique IV en Canossa	1077 Libertades concedidas en Maguncia				1077 Deposición del emperador Enrique IV Dieta de Forchheim: elección del emperador por los *príncipes*
	1078 Anselmo, *De la existencia de Dios*					Hungría: rey Ladislao (1077-1095): tres conjuntos de leyes reales
1080	1080 Descubrimiento del Digesto Enrique IV depuesto por el papa Gregorio	1080 Cédulas concedidas a Luca y Pisa por Enrique IV				1082 Paz de Dios en Lüttich
		1084 Cónsul elegido por plazo fijo en Pisa	1085 Rogerio I, conde de Sicilia (1085-1105)	1085-1086 *Domesday Book*		1085 Paz de Dios en el Imperio
	1087 Se funda en Bolonia la escuela de derecho					
1090						1093 Estatuto de paz en Suabia 1095 Hungría: rey Colomán (1095-1114): reforma de la ley en 84 artículos
	1095 Ivo de Chartres, *Decretum*	1095 Tabla Amalfitana				
	1096 Primera cruzada 1097 Anselmo. *Por qué Dios se hizo hombre* 1098 Se funda la orden cisterciense					
1100				1100 Enrique I (1100-1135) Origen del *exchequer* y los *pipe rolls;* se racionalizan el gobierno y la administración de justicia		1100 *Libri Feudorum*
						1103 Estatuto de paz imperial
		1106 Gobierno municipal independiente y sistema de derecho urbano establecido en Colonia				
	1107 Concordato de Bec que pone fin a la Querella de las Investiduras en Inglaterra y Normandía			1107 Concordato de Bec que pone fin a la Querella de las Investiduras en Inglaterra y Normandía		
					1108 Luis VI (1108-1137) y Luis VII (1137-1180) Se extiende el dominio real más allá de la Île de France; se introducen instituciones gubernamentales y jurídicas más centralizadas	

CUADRO 1. *Derecho canónico, derecho urbano, derecho real y derecho feudal, siglos XI a XIII* (continúa)

	Derecho canónico (incluso derecho romano)	*Derecho urbano*	*Derecho real: Sicilia*	*Derecho real: Inglaterra y Normandía*	*Derecho real: Francia*	*Derecho real: Alemania, Flandes, Hungría; derecho feudal*
1110			1112 Rogerio II (1112-1154) Creación de la cancillería, la tesorería, el tribunal real profesional, los jueces itinerantes, los bailes, *Catalogus Baronum*			1111 Flandes: primer estatuto de paz secular
		1115 Leyes de Olerón		1118 *Leges Henrici Primi*		
1120		1120 Se concede la cédula a Friburgo				
	1122 Pedro Abelardo, *Sic et non* Concordato de Worms, que pone fin a la Querella de las Investiduras en el Imperio					1122 Concordato de Worms
						1125 Dieta de Maguncia: elección de Lotario (1125-1138)
		1127 Se concede la cédula a Saint-Omer 1129 Fracasa una rebelión contra el obispo en Magdeburgo Londres recibe cédula de Enrique I que confirma el derecho de elección a alguaciles mayores				
1130	1130 Muerte de Irnerio		1136 Se establece el "justiciar"			
	1139 Pedro Abelardo, *Ética* Segundo Concilio Lateranense					
1140	1140 Graciano. *Concordancia de cánones discordantes*		1140 Sesiones de Ariano			
		1142 Cédula de Pisa 1143 Lübeck es fundada por el conde Adolfo II de Holstein				
	1147 Clérigos ordenados por el papa Eugenio III no participan en la justicia laica ni se someten a ella					
1150	1151 Pedro Lombardo, *Sentencias*			1150 Vacario en Oxford		1152 Elección de Federico *Barbarroja* (1152-1190); estatuto imperial de paz
		1153 Enrique *el León* concede privilegios a Lübeck	1154 Guillermo I (1154-1166)	1154 Enrique II (1154-1189)		1154 Enrique *el León*, duque de Baviera y Sajonia (1154-1180) Se extiende el poder judicial; se racionaliza la administración; se funda Munich 1155 Federico *Barbarroja* coronado en Roma; consultas a los "cuatro doctores" 1156 Creación del ducado de Austria 1158 Dieta de Roncaglia
	1159 Papa Alejandro III (1159-1181) Juan de Salisbury, *Policraticus*					
1160		1161 *Constituta Legis et Usus* de Pisa 1162 Destrucción de Milán por Federico *Barbarroja*				1160 *Privilegium Minus* para Austria 1162 Estatuto para el condado de Forcalquier en Provenza
	1164 Constituciones de Clarendon de Enrique II, que regulan la Iglesia inglesa			1164 Constituciones de Clarendon		
			1166 Guillermo II (1166-1189) El derecho real asigna beneficios al clero y permite que cualquier hombre libre ingrese en él	1166 Sesión de nueva *disseisin;* investigación de los servicios de los caballeros		

CUADRO 1. *Derecho canónico, derecho urbano, derecho real y derecho feudal, siglos XI a XIII* (continúa)

	Derecho canónico (incluso derecho romano)	*Derecho urbano*	*Derecho real: Sicilia*	*Derecho real: Inglaterra y Normandía*	*Derecho real: Francia*	*Derecho real: Alemania, Flandes, Hungría; derecho feudal*
		1167 Se establece la Liga Lombarda				
		1169 Se instituye el *podestà* en Milán 1169-1191 Se conceden cédulas a Brujas y otras ciudades flamencas durante el reinado del conde Felipe				1168 Creación de Wurzburgo 1169 Flandes: conde Felipe (1169-1191); legislación por medio de estatutos de paz
1170	1170 Muerte de Búlgaro, el más renombrado de los "cuatro doctores" Asesinato de Becket 1172 Enrique II en Avranches Se rechazan las disposiciones ofensivas de las Constituciones de Clarendon			1170 Asesinato de Becket; se rechazan las disposiciones ofensivas de las Constituciones de Clarendon	1172 Investigación de los servicios de los caballeros	1172 Hungría: rey Bela III (1172-1196); centralización y racionalización de la estructura administrativa y jurídica
	1179 Tercer Concilio Lateranense			1176 Jueces "de circuito"; sesión de *mort d'ancestor* 1178 Tribunal de quejas comunes 1179 Procedimiento de investigación bajo escrito de derecho *Diálogo del exchequer*		1179-1180 Juicio de Enrique *el León* En Baviera se establece la dinastía Wittelsbach Se instituye el *Reichsfürstenstand*
1180					1180 Felipe II (*Augusto*) (1180-1223) Se racionaliza la estructura administrativa francesa; se establecen bailes y senescales y la uniformidad procesal en los tribunales reales	
		1181 Lübeck es tomada por Federico *Barbarroja* 1183 Paz de Constanza. "Carta Magna de libertades comunales"				
						1185 Cesión al conde Godofredo 1186 Estatuto de incendio
		1188 Se reforma el gobierno de Magdeburgo; primera codificación del derecho de Magdeburgo		1187 Glanvill, *On the Laws and Customs of the Kingdom of England*		
1190	1190 Huguccio, *Summa*			1193 Huberto Walter es nombrado arzobispo de Cantorbery y juez		
	1198 Papa Inocencio III (1198-1216)					
1200		1200 El rey Juan otorga cédula a Ipswich		1199 Rey Juan (1199-1216) 1200 *Très ancien coutumier de Normandie* 1204 Los franceses completan la conquista de Normandía		1200 Carta feudal para Hainaut 1204 Oficio bávaro de *Viztum*, seguido por pasos para racionalizar y modernizar la burocracia y la administración de justicia
			1208 Federico II (1208-1250) Se crean la Universidad de Nápoles y el servicio civil real; se extiende el poder judicial real			
				1209 Juan es excomulgado por el papa		1212 Federico II (1212-1250)
1210				1213 Inglaterra convertida en feudo papal 1215 Carta Magna	1214 Batalla de Bouvines	
	1215 Cuarto Concilio Lateranense se prohíbe a los clérigos formar parte de los juicios por ordalía; doctrina de la transustanciación oficialmente proclamada					
		1216 Libro de Costumbres de Milán		1216 Enrique III (1216-1272) 1219 Introducción del juicio por investigación en casos penales		
1220						1220 Tratado con los príncipes eclesiásticos

CUADRO 1. *Derecho canónico, derecho urbano, derecho real y derecho feudal, siglos XI a XIII* (concluye)

	Derecho canónico (incluso derecho romano)	*Derecho urbano*	*Derecho real: Francia*	*Derecho real: Inglaterra y Normandía*	*Derecho real: Sicilia*	*Derecho real: Alemania, Flandes, Hungría; derecho feudal*
1230						1221 Eike von Repgau: *Sachsenspiegel* 1222 Hungría: Bula de Oro
	1234 Gregorio IX, *Decretales*		1223 Luis VIII (1223-1226) 1226 Luis IX (1226-1270)		1231 *Liber Augustalis*	
1240						1232 Estatuto en favor de los príncipes 1235 Estatuto de paz imperial de Maguncia. 1244 Primero de cinco grandes estatutos de paz en Baviera
1250	1250 *Glossa Ordinaria* de Acursio		1250 Se establece el Parlamento de París como cuerpo judicial	1256 Bracton. *De las leyes y costumbres de Inglaterra* 1258 Primer Parlamento	1258 Estatuto que prohíbe el juicio por combate	
1260		1260 La ley de Magdeburgo es recibida en Wroclaw				
1270						1274-1275 *Schwabenspiegel* 1277 Estatuto de nueva *disseisin*
1280						1283 Beaumanoir. *Costumbres de Beauvais*

legitimar y efectuar sus recién creados controles centrales y para mantenerse en la nueva competencia de las entidades políticas.

La necesidad de sistemas legales no sólo fue una práctica política. También fue moral e intelectual. El derecho llegó a parecer la esencia misma de la fe. "Dios mismo es ley, y por tanto, la ley es cara a Él", escribió el autor del *Sachsenspiegel*, el primer libro alemán de derecho, por 1220, casi un siglo después de que el Concordato de Worms había resuelto la Querella de las Investiduras, y que sin embargo fue expresión directa de la filosofía de la Revolución papal. En realidad, fue expresión directa del espíritu del Concordato de Worms. Nadie, en Occidente, habría dicho eso antes de 1075; después de 1122 fue, en una u otra forma, un lugar común. El derecho fue visto como un modo de realizar la misión de la cristiandad occidental, de empezar a realizar el reino de Dios en la tierra.

La Revolución papal hizo nacer una nueva formulación de la doctrina de las dos espadas, introducida cinco siglos antes por el papa Gelasio I. La anterior formulación había tratado de la relación entre las esferas terrenal y celestial de la vida cristiana. Sin embargo, según los teóricos de la Revolución papal, el mayor problema era la relación entre las autoridades eclesiásticas y las laicas en la propia esfera terrenal. Era la Iglesia, como entidad visible, corporativa, política y jurídica la que debía blandir la espada espiritual; y esa espada debía gobernar no sólo la vida en el más allá, sino también gran número de cuestiones de este mundo, incluso la administración de la propiedad de la Iglesia, las actividades del clero, las relaciones familiares, la moral en los negocios, y en realidad todo lo que pudiese ponerse bajo el rubro de la moral o de la fe.

Por vez primera, la espada espiritual quedó encarnada en un sistema y una ciencia del derecho, el recién sistematizado y racionalizado derecho canónico de Graciano y de los grandes papas-legisladores de los siglos XII y XIII. También el papado desarrolló las instituciones gubernamentales y el aparato burocrático necesarios para que este sistema jurídico funcionara: una judicatura profesional, una tesorería, una cancillería. Y éste fue el primer sistema occidental moderno de gobierno y de derecho. Con el tiempo, sería emulado por las entidades seculares que surgieron en las generaciones sucesivas.

A primera vista puede parecer extraño atribuir a los hechos revolucionarios de finales del siglo XI y comienzos del XII el ulterior desarrollo de sistemas jurídicos a finales de este último, durante el XIII y aun en siglos posteriores. Podría parecer más lógico atribuir estos últimos desarrollos a acontecimientos posteriores. Desde luego, sin los acontecimientos posteriores no habría podido haber esos desarrollos. Sin embargo, todos los sistemas jurídicos de Europa a finales del siglo XII y durante el XIII manifestaron, encarnaron y llevaron a su conclusión los principios que ya se habían establecido en generaciones anteriores. Esto no debe interpretarse como una progresión hegeliana de ideas; antes bien, hay que verlo como la

dinámica de la historia occidental, en que no sólo factores materiales e ideales, sino también, y ante todo, los propios grandes acontecimientos han ejercido presiones en favor del cambio en ciertas direcciones durante un largo periodo. Remitir el desarrollo de instituciones jurídicas a finales del siglo XII y durante el XIII a la Revolución papal de finales del siglo XI, para culminar en el concordato de Worms, no es más extraño que remitir el desarrollo de la igualdad racial en los Estados Unidos, a finales del siglo XIX y durante el XX, a la Revolución norteamericana de finales del XVIII, para culminar en las Enmiendas de la Guerra Civil a la Constitución de los Estados Unidos. Sin una perspectiva de semejante duración es imposible comprender, ora los cataclismos periódicos de la historia de Occidente, ora las grandes tradiciones que han sucedido a dichos cataclismos y han servido como baluarte contra su repetición. Toda renovación va seguida por continuidad y desarrollo, y toda revolución por evolución.

No debe sorprendernos que se necesiten varias generaciones para hacer una revolución. Especialmente si estamos tratando de la institucionalización de sus objetivos y de los compromisos necesarios derivados del proceso mismo de institucionalización hemos de tomar en cuenta las corrientes a largo plazo. En el caso de la Revolución papal, dos de sus principales metas, el gobierno *por* derecho y el gobierno *del* derecho —que los gobernantes deben tratar de llevar adelante su política sistemáticamente por medio de instituciones jurídicas y que ellos mismos están atados por las instituciones jurídicas por medio de las que gobiernan— fueron absolutamente nuevas en la sociedad occidental. Si se querían lograr esos principios, tenían que ser aceptados e internalizados, además de adaptados y modificados por los hijos y los nietos de quienes los introdujeron.

La mayoría de las instituciones, procedimientos, conceptos y reglas del derecho consuetudinario germánico desaparecieron en los siglos siguientes a la Revolución papal. Pero eso no ocurrió de un solo golpe. El *blood feud* continuó en muchas partes de Europa hasta el siglo XV, pese a la oposición del derecho canónico y el derecho real. Los matrimonios de niños siguieron siendo concertados por sus padres, especialmente entre la nobleza. Y aunque los procedimientos germánicos de compurgación se transformaron en el testimonio por juramento, la medida del valor de un juramento según la categoría del testigo siguió mostrando rastros del antiguo formalismo. Éstos son sólo algunos ejemplos de vestigios. Sin embargo, en conjunto, el derecho consuetudinario germánico murió bajo el impacto de la división de la autoridad política en dos partes, la eclesiástica y la secular, la formación del Estado-Iglesia y, con el tiempo, de Estados seculares, y la racionalización y sistematización del derecho de la Iglesia y, con el tiempo, de tipos seculares de derecho.

Sin embargo, la cultura germánica tradicional e integrada fue un fundamento necesario para el nuevo programa de racionalización y sistematización del derecho. El legalismo occidental tenía raíces en un anterior

comunitarismo. La propia Revolución papal sólo fue posible en una sociedad que ya estaba unida como *populus christianus;* la lucha de quién debía gobernar la Iglesia y, por ello, quién debía dominar la "ideología" (como la llamaríamos hoy), presupuso la existencia de una lealtad común a la Iglesia y de una fe común. La cuestión —relacionada con la anterior— de quién debía controlar la riqueza del clero también presupuso la existencia de una convicción común de que la riqueza debía emplearse con fines religiosos. La Revolución papal quebrantó la unidad que había sido requisito para su propio surgimiento. Construyó e institucionalizó nuevas divisiones del derecho canónico y el derecho secular y, dentro de éste, divisiones de derecho feudal, señorial, mercantil, urbano y real; dentro de cada una de estas divisiones hubo, asimismo, divisiones de razón, costumbre y mando. La unidad preexistente había sido la unidad de raza, de tierra, de clase, de familia y de fe. De hecho, no obstante, los varios cuerpos de derecho nuevos, sistematizados, racionalizados, continuados y trascendentes intentaban conservar en parte aquellas viejas unidades, aunque en formas muy diferentes de las que antes habían prevalecido.

El propio derecho consuetudinario germánico había formado una sola pieza con la sociedad comunitaria, esencialmente tribal. Como el mito, el arte y el lenguaje mismo de los germanos, también el derecho consuetudinario había sido difuso, arraigado en la costumbre y considerado más o menos inmutable. El cristianismo había introducido un elemento dinámico arrojando dudas sobre los valores tribales. Pero antes de finales del siglo XI, salvo ciertas excepciones, el cristianismo no se había reflejado sistemáticamente en la vida institucional de los pueblos germánicos; en su mayor parte era una fe en el otro mundo. En cambio, la Revolución papal convirtió al cristianismo en un programa político y jurídico. La Iglesia se transformó en Estado. El derecho canónico se convirtió en un medio específico, primero, de mantener unido al Estado-Iglesia y segundo, de reformar el mundo. Los otros nacientes sistemas de derecho también trataban de reformar la costumbre, de acuerdo con la razón y la conciencia. Pero esto no pretendía destruir las antiguas comunidades; por lo contrario, buscaba reforzarlas.

Aplicar la razón a la costumbre, es decir, desarraigar la masa de costumbres irracionales y cultivar las razonables en un sistema de derecho era, por decirlo discretamente, un programa muy audaz; fue favorable en extremo, y no totalmente coincidencia, que un manuscrito del Digesto de Justiniano apareciera en una biblioteca de Florencia en el decenio de 1080, y sin duda no fue casual que muy pronto se fundara una universidad en Bolonia —la primera universidad europea— con objeto de estudiar ese manuscrito. En adelante, los juristas tuvieron todo un diccionario —por decirlo así— en el cual encontrar términos, conceptos, normas y reglas jurídicos, una *ratio scripta*, como por entonces se llamó al derecho romano, contra la cual compulsar las costumbres. Fue como si de súbito los

teólogos cristianos acabasen de descubrir el Antiguo Testamento. Los juristas occidentales aplicaron un nuevo método dialéctico a los textos romanos, tendiente a la reconciliación de contradicciones. Pudieron así tomar de esos textos ciertas implicaciones conceptuales con las que nunca habrían soñado siquiera los propios romanos: una teoría del derecho del contrato, un concepto de los derechos de posesión, elaboradas doctrinas que definían las justificaciones del uso de la fuerza, y similares. De este modo, los juristas dieron a Occidente sus métodos característicos de análisis y síntesis de los textos. Lo enseñaron a sintetizar los casos en reglas, las reglas en principios y los principios en un sistema. Su método, que sigue siendo el de la ciencia jurídica actual en los Estados Unidos, consistió en determinar lo que tenían en común varios particulares, en ver el todo como la interacción de las partes. Éste fue el prototipo de la moderna ciencia occidental, pues tomó las costumbres y las reglas como referencias y dedujo de ellas las regularidades —las "leyes"— que las explicaban. En lo histórico y lo sociológico, tal método fue esencial para la reconciliación de contradicciones entre los sistemas jurídicos en conflicto: en primera instancia, la reconciliación del derecho canónico con el derecho secular, y, en segunda, la reconciliación de los diversos sistemas jurídicos seculares entre sí.

Si el método dialéctico de la filosofía escolástica fue esencial para estructurar el derecho en Occidente, las doctrinas teológicas que acompañaron el uso de ese método fueron esenciales para sus conceptos básicos, en especial para sus conceptos de delito y castigo. La teología de la Revolución papal fue una teología del juicio. Dios era, ante todo, un dios de justicia. Mediante su encarnación en Cristo y en el sacrificio de Cristo por la humanidad quedó perdonado el pecado original de los cristianos penitentes, pero los pecados reales debían ser expiados en esta vida o en el purgatorio. Había que pagar un precio por haber violado la ley. Al pago del precio la ley quedaba reivindicada, y el que antes era pecador podía entrar en el paraíso. Esta teología quedó subyacente al establecer la Iglesia, por vez primera un "fuero externo" para juzgar los delitos, en contraste con el "fuero interno" del confesionario y el sacramento de la penitencia. Se desarrolló un conjunto de principios de derecho penal, similar al que hoy prevalece en la mayoría de los países de Occidente: que debe haber un hecho penal externo, que debe estar prohibido por la ley, que debe manifestar una intención directa o indirecta, que debe haber causado directamente el daño, que debe ser nocivo para la comunidad.

Bajo esos principios y subyacente en el derecho canónico en general estaba la confianza en un Dios de justicia que dirige un universo regido por leyes, castigando y recompensando de acuerdo con principios de proporción, piadosamente mitigados en casos excepcionales. Esta fe teológica correspondía a una fe política en la compleja unidad social llamada cristiandad, en que la dialéctica de las esferas eclesiástica y secular, interactuantes, era regulada por una índole similar de justicia basada en la ley y de ley basada en la justicia, en que la misericordia desempeñaba un papel importante en casos excepcionales.

El derecho canónico —primer sistema jurídico occidental moderno— fue concebido en el siglo XII como sistema integrado de derecho que avanzaba en el tiempo. La Iglesia misma fue concebida, por vez primera como una estructura legal, un Estado-derecho, y se transformó a sí mismo en una compleja burocracia con un tribunal profesional, una tesorería profesional y una cancillería. El derecho constitucional de la Iglesia adoptó la forma de una ley corporativa; combinó el concepto institucional *(Anstalt)* romano de la corporación con el concepto germánico de la asociación *(Genossenschaft)*, añadiéndoles a ambos el concepto cristiano de una persona-grupo, concebido en términos nominalistas. Del derecho canónico de las corporaciones derivó el concepto de que la autoridad ejecutiva puede no emprender ciertas acciones sin el "consejo y consentimiento" de un cuerpo consultivo, y que esa consulta se basa en el principio de que quienes son directamente afectados por una decisión deben tener derecho a participar en ella. El derecho canónico también es la fuente de las distinciones modernas entre la jurisdicción personal y la jurisdicción del tema. De hecho, las limitaciones a la competencia y la jurisdicción del derecho canónico están directamente vinculadas con las normas constitucionales para localizar y limitar la soberanía de la Iglesia, para asignar poderes gubernamentales dentro de ella y para determinar los derechos y deberes básicos de sus miembros.

Dentro del derecho canónico, la sistematización tomó la forma del desarrollo de subsistemas de derecho relacionados con el matrimonio, los testamentos, la propiedad, los acuerdos y los delitos, basados en la jurisdicción de la Iglesia sobre sacramentos, testamentos, beneficios, juramentos y pecados, respectivamente. Cada subsistema tenía sus propios rasgos estructurales, y al mismo tiempo compartía los del sistema del derecho canónico en conjunto. De este modo, el derecho canónico relativo al matrimonio desarrolló reglas concernientes a la anulación de matrimonios (con base en engaño, compulsión y error) que eran similares a las reglas del derecho canónico concernientes a la anulación de contratos en general, y que se basaban en los principios generales que corrían por el derecho canónico. Las restricciones impuestas por las autoridades seculares a legados inmobiliarios llevaron a los canonistas a crear un derecho de fideicomisos que se traslapaba con la ley de sucesiones y el derecho de propiedad. En general, el derecho canónico de testamentos, de contratos y de propiedad fue antifeudal en el sentido de que la Iglesia favoreció la libertad de testamento, el cumplimiento de las promesas hechas sin formalidades y la plena posesión de propiedades. Asimismo, en contra de lo que a veces se supone, la Iglesia favoreció enérgicamente el cargar intereses por préstamos: en realidad, los canonistas fueron los primeros en aplicar la palabra "interés"

para distinguir los cargos lícitos por el uso de dinero de los cargos ilícitos ("usura").

Que definir la jurisdicción de la Iglesia y del derecho canónico no sólo era cuestión de conveniencia, sino de principio —y de principio profundo— por el cual los hombres estaban dispuestos a luchar, dar su sangre y morir, quedó demostrado por el martirio de Tomás Becket, quien se opuso al esfuerzo del rey Enrique II por volver a imponer ciertas limitaciones a la jurisdicción eclesiástica, que Tomás consideró ofensivas a la causa de la libertad de la Iglesia bajo el papado. En las Constituciones de Clarendon de 1164, el rey había invocado las costumbres de su abuelo, Enrique I, quien reinó hasta 1135. Pero la Iglesia había ganado mucho terreno durante la llamada Anarquía de Esteban, de 1135 a 1154, antes de que Enrique II subiera al trono. Durante seis años, Enrique y Tomás lucharon en busca de una solución jurídica a la controversia; era un conflicto legal, de jurisdicción, y ambos bandos tenían en alta estima la capacidad de la ley para resolver conflictos de cualquier índole. Por fin, Enrique renunció a las cláusulas "ofensivas" de las Constituciones de Clarendon, aunque nunca quedara enteramente en claro cuáles cláusulas eran ofensivas y cuáles no. El asunto por fin se resolvió —una vez más, no muy satisfactoriamente— por la rivalidad de los tribunales eclesiásticos y los seculares. Los tribunales seculares protegerían su jurisdicción por medio de decretos de prohibición que, sin embargo, eran difíciles de aplicar y aún más difíciles de imponer. Los tribunales eclesiásticos, si eran provocados, podían excomulgar a los jueces reales. Si se provocaba mucho al propio papa, como lo hizo el recalcitrante rey Juan, podía poner en entredicho a toda Inglaterra —como lo hizo— causando con ello gran angustia. Pero, las más de las veces, ambas jurisdicciones cooperaban entre sí.

La Revolución papal fue como una explosión atómica que escindió en dos partes la cristiandad germánica: la Iglesia, considerada como estructura independiente, visible, corporativa y jurídica; y el orden secular, ahora dividido entre varias entidades. La Iglesia formaba una sola estructura estatal, gobernada por un solo sistema de derecho: el derecho canónico. Siendo la Iglesia la esfera espiritual, suponíase que estaba todo lo cerca que la humanidad puede llegar en este mundo de la divinidad. El derecho canónico de la Iglesia era, desde luego, un derecho humano; y, sin embargo, suponíase que también era un reflejo del derecho natural y del divino. En cambio, el orden secular era menos perfecto, más primitivo, más apegado a la tierra. Su derecho, por tanto, estaba más atado a factores irracionales, al poder, a la superstición y a la decadencia. Y, sin embargo, se le podía regenerar; era redimible; tenía una significación positiva. La Iglesia podía ayudar a hacer que se adaptara más al derecho natural y, a la postre, al derecho divino. El derecho canónico podía servir de modelo a los sistemas jurídicos seculares.

Cada tipo individual de derecho secular estaba más o menos limitado a un tipo particular de asuntos temporales: el feudal a lo feudal, el urbano a lo urbano, el real a lo real, etc. Esto distinguió el derecho secular del canónico, cuya jurisdicción, aunque limitada, se extendía a ciertos tipos de pecados cometidos por cualquiera y en todas partes.

La tarea del derecho secular era elevar y transformar las relaciones seculares que regulaba. Las relaciones feudales fueron transformadas por los conceptos jurídicos de la mutualidad de obligaciones entre señor y vasallo. Las relaciones señoriales, por los de la sujeción del señor a las costumbres señoriales de sus predecesores. Las relaciones mercantiles, por conceptos legales de crédito, sociedad y empresa conjunta. Las relaciones urbanas fueron transformadas por conceptos jurídicos de las libertades de los ciudadanos y por el carácter constitucional de las comunas juramentadas. Las relaciones reales del rey y el súbdito, en fin, por conceptos jurídicos de la subordinación del rey a la ley y del derecho y deber del súbdito a desobedecer y aun a matar a un tirano.

De este modo, la entidad secular se consideró sujeta a análisis y regulación. Se creó una nueva ciencia política, representada ante todo por las obras del gran escritor del siglo XII Juan de Salisbury, quien analizó el carácter del gobierno, las responsabilidades de los gobernantes, la manera de escogerlos y las obligaciones de los súbditos para con ellos. Los juristas, tanto romanistas como canonistas, contribuyeron también a las teorías de soberanía y de limitaciones constitucionales a los poderes de los gobernantes.

El derecho secular, que incluía el derecho feudal y señorial, el mercantil, el urbano y el real, estaba mucho más arraigado en la costumbre y, por tanto, mucho menos sujeto a la revisión de doctos juristas que el derecho canónico. (El derecho romano era totalmente distinto: era un derecho culto, que se enseñaba en las universidades, no el derecho positivo de ninguna jurisdicción, en general, no sujeto a cambio —análogo, en esto, a la historia de la jurisprudencia— y, sin embargo, era al mismo tiempo un derecho ideal al que, suponíase, debía adaptarse todo derecho positivo, y un derecho subsidiario que podía emplearse para colmar lagunas.) No obstante, el derecho secular sí cambió, radicalmente, a finales del siglo XI y comienzos del siglo XII. Fue modificado por las decisiones de gobernantes seculares así como por la influencia de juristas doctos. Quedó sistematizado, y se le reformó. Conscientemente, la Iglesia se propuso efectuar su reforma.

En el periodo transcurrido desde cerca de 1050 hasta cerca de 1200, Europa occidental experimentó el surgimiento del derecho feudal como sistema. Los derechos y las obligaciones feudales se volvieron más objetivos, menos arbitrarios, más precisos. Se hicieron más universales, más generales y más uniformes. De ello son ejemplo los derechos y las obligaciones de la heredabilidad de los feudos, la enajenabilidad de los feudos y la conmutación de obligaciones feudales por pagos en dinero. Además, se

desarrolló una mayor reciprocidad de derechos entre señores y vasallos: el señor debía proteger, ayudar y apoyar al vasallo, mientras que el vasallo había de administrar el feudo. Si el señor violaba la fe del vasallo, el vasallo tenía derecho a renunciar al señor en el acto informal de la *diffidatio*. El vasallo participaba en la administración de la justicia del señor en los juicios. De este modo, el derecho feudal dio a Occidente su primera experiencia secular de la mutualidad de la obligación legal entre personas de categorías superior e inferior. Por último, el derecho feudal adquirió el carácter de un sistema jurídico distinto y completo, integrado por elementos y con la capacidad y la tendencia a desarrollarse con el paso del tiempo. Desde luego, era menos sistemático, menos integrado en el nivel de la conciencia, menos profesional o científico que el derecho canónico; seguía siendo, en gran parte, derecho consuetudinario. Y, sin embargo, avanzó por el camino abierto por el derecho canónico.

Las relaciones entre señor y vasallo fueron sometidas a un régimen jurídico diferente del de las relaciones entre señor y campesino. Estas últimas estaban incluidas, característicamente, en la costumbre del señorío. Típicamente, el señor occidental del señorío no era un terrateniente ausentista o un simple recaudador de impuestos, como en muchos sistemas feudales no occidentales; vivía del estamento, supervisaba su administración y lo gobernaba como su dirigente político. Los campesinos podían ser siervos o ser libres, pero en cualquier caso tenían ciertos derechos de acuerdo con la ley señorial. Por ejemplo, todos los campesinos, incluso los siervos, participaban característicamente en el tribunal señorial.

En contraste con el derecho feudal, el señorial no establecía una reciprocidad contractual entre señor y campesino. Sin embargo, los campesinos lograron ejercer presión de grupo para obtener unas condiciones más favorables, que tuvieron la fuerza de concesiones recíprocamente otorgadas, a condición de lealtad. Esto fue reforzado por el derecho legal del campesino, fuese siervo u hombre libre, a ocupar tierras. Asimismo, el alquiler, los impuestos y servicios eran fijados por la costumbre, y suponíase que las disputas por su extensión y carácter quedarían resueltas por el derecho señorial. El tribunal señorial, en que los campesinos pronunciaban juicio junto con el señor, decidía los casos penales y civiles, y se sabe de casos en que se dieron decisiones en favor de los campesinos contra su señor. El campesino seguía siendo pobre y oprimido. Y, sin embargo, de acuerdo con un sistema jurídico, adquirió derechos. Era una persona, un miembro de la comunidad señorial, una parte de lo que se llamaba "todo el homenaje". De hecho, con el tiempo su posición mejoró al descubrir que podía escapar a la libertad de la ciudad, el convento o la escuela, o participar en huelgas o levantamientos. En los siglos XIV y XV los campesinos empezaron a absorber las fincas, y el sistema señorial desapareció. El derecho había ayudado a allanar el camino para que esto ocurriera. El reconocimiento de los campesinos, incluso de los siervos, como "ciudadanos"

de la comunidad señorial constituyó un desafío implícito a la servidumbre, mucho antes de que surgiera algún movimiento por abolirla.

El derecho feudal y el señorial estaban destinados a eclipsarse: el derecho señorial a desaparecer por completo, y el feudal a quedar como un fósil mucho después de que las relaciones económicas y políticas feudales habían perdido su vitalidad. En cambio, el derecho mercantil sí tenía un futuro. También este cuerpo de derecho quedó sistematizado a finales del siglo XI y comienzos del XII, al florecer el comercio agrícola en los campos, y luego el comercio de ultramar y entre ciudades. De este modo, el derecho mercantil capitalista surgió como hermano gemelo del derecho feudal y señorial.

Aunque la población general de Europa tal vez se duplicó en el periodo transcurrido entre 1050 y 1200, la urbana acaso se haya decuplicado. Surgieron los gremios mercantiles. Gran número de mercaderes itinerantes participaron en mercados y ferias. Se desarrolló un complicado cuerpo de instituciones jurídicas para encargarse de las transacciones mercantiles sobre una base más o menos uniforme por todo Occidente.

Entre los conceptos y recursos característicos del derecho mercantil tal como se desarrolló en el siglo XII se encontraron los conceptos del comprador de buena fe (cuyos derechos a los bienes podían ser superiores a los del vendedor), la entrega simbólica de bienes por medio de transferencia de documentos, las garantías implícitas, el carácter obligatorio de los acuerdos informales y las empresas conjuntas. Más aún, estos rasgos característicos, que formaron la estructura del cuerpo integrado del derecho mercantil, con el tiempo se desarrollaron al codificarse e interpretarse las costumbres. El contrato notarizado de cambios se convirtió en la letra de cambio; la promesa notarizada de pagar se convirtió en el pagaré; los préstamos marítimos y préstamos de quilla se convirtieron en una especie de seguro; las cartas de los banqueros se volvieron cartas de crédito; y, como en el caso del derecho canónico (aunque en menor grado), del derecho feudal y del señorial, también el derecho mercantil dio la impresión de una continua cooperación de sucesivas generaciones —en este caso, de comerciantes— que hicieron que un cuerpo de derecho viviera y se desarrollara.

También los miles de nuevas ciudades y poblados de Europa crearon su propio tipo de derecho, que asimismo tuvo las características de objetividad, universalidad, reciprocidad, participación, integración y crecimiento. La mayoría de las antiguas ciudades romanas se habían convertido en simples aldeas, que fueron refundadas a finales del siglo XI, durante el XII y comienzos del XIII. Característicamente, las nuevas ciudades tomaron la forma de comunas juramentadas, con cédulas de libertades otorgadas por reyes o señores feudales. Tenían un marcado carácter comunitario, con obligaciones de ayuda y protección mutuas, consejo y consentimiento comunes en las elecciones de funcionarios y participación en asambleas, consejos y procedimientos adjudicatorios. Por lo general estaban exentas

de toda obligación feudal. También aquí encontramos grandes fuentes del constitucionalismo occidental, sobre todo en la esfera de los derechos y las libertades civiles de los ciudadanos.

Por último, en la secuela de la Revolución papal surgió un nuevo tipo de derecho real. Una vez retirada la autoridad espiritual del rey sobre la Iglesia, en adelante gobernaba él como soberano secular cuyas principales tareas, decíase, eran mantener la paz y establecer la justicia en su reino. La Revolución papal, privando a emperadores y reyes de su carácter sacro y de su papel de gobernantes supremos de la Iglesia, los redujo a la condición de monarcas temporales. Sin embargo, al mismo tiempo aumentó el poderío real al dar su apoyo a un nuevo concepto territorial de la monarquía, que ayudó a transformar a los jefes de clanes y señores feudales en gobernantes supremos de una zona geográfica determinada. Antes, los reyes en su mayoría habían gobernado directamente a sus magnates, sus sabios y principales inquilinos, y sólo indirectamente, por medio de ellos, a los dirigentes locales y tribales, subvasallos y, en general, súbditos. En los siglos XII y XIII, como gobernantes territoriales, llegaron a gobernar directamente a todos sus súbditos, por medio de funcionarios reales en quienes delegaban papeles más o menos específicos, como lo eran, por ejemplo, los jueces reales y los funcionarios del fisco. Estos funcionarios reales se guiaban y tenían que responder de acuerdo con el derecho real. Los reyes de Europa, como el papa, llegaron a gobernar por medio de delegados que eran profesionales, no subreyes, y que formaban departamentos gubernamentales permanentes, como una cancillería, una tesorería y una judicatura. El gobierno se convirtió en una actividad distinta, un poco menos que la política en general (monarquía) pero algo más que un agregado de puestos individuales de gobierno.

El desarrollo del derecho real en los siglos XII y XIII —incluyendo el derecho "de príncipes" de ducados y de otros territorios autónomos— fue poderosamente influido por la Revolución papal, y de hecho formó parte de ella, como lo muestran los sorprendentes paralelos entre los varios sistemas de derecho real, por una parte, y el derecho canónico de la Iglesia, por la otra. Así como Gregorio VII, en 1075, declaró por vez primera el poder exclusivo del papa para "hacer nuevas leyes" *(condere novas leges)*, así, en adelante, en cada reino de Occidente el monarca llegó a ser un "hacedor de leyes" *(conditor legum*, como fue llamado a mediados del siglo XII en la Sicilia normanda). Las Sesiones de Ariano, los estatutos de paz en Alemania, las sesiones posesoras de los reyes de Inglaterra, las *ordonnances* y los *établissements* franceses reflejaron, todos ellos, la nueva fe en el poder y en el deber del monarca para legislar. Igualmente, así como la curia papal se convirtió en un cuerpo jurídico profesional a comienzos del siglo XII, en adelante en los diversos reinos la *curia regis* dejó de ser una asamblea de notables para convertirse en un tribunal de derecho. Y, en fin, así como el derecho canónico quedó más estructurado y más científico

gracias a la obra de Graciano y sus sucesores, así también fueron creándose gradualmente sistemas estructurales de derecho real que, como el derecho canónico, se desarrollaron orgánicamente por medio de interpretación y de legislación. Por doquier, el derecho civil fue separado del derecho penal; se introdujeron métodos racionales de prueba para complementar o para remplazar a las antiguas formas de ayuda en el juramento y prueba por ordalía; y se desarrollaron similares conceptos básicos legales de jurisdicción, de justicia alta y baja, de *seisin*.

En los diversos reinos de Europa empezaron a crearse "cuerpos" de derecho real. Surgieron autores sobre legislación, quienes vieron en los sistemas de derecho real —como lo hicieron los anteriores juristas primero en el sistema del derecho romano y luego en el del canónico— un conjunto entrelazado de reglas y de instituciones. Glanvill y Bracton en Inglaterra, Eike von Repgau en Alemania, Beaumanoir en Francia y otros "compendiaron" las leyes de sus respectivas entidades territoriales, convirtiéndolas en tratados considerables. Pero antes de ellos se habían aplicado las propias leyes, pensando en su interrelación. En su primer artículo, las Sesiones de Ariano del rey Rogerio II de Sicilia, en 1140 anunciaban el principio de que las ambigüedades que hubiera en las leyes debían y podrían ser reconciliadas por medio de una interpretación. La interpretación, el afán de congruencia y de racionalizar, el crecimiento de la definición", la sistematización, la idea del derecho como una unidad compleja basada en la síntesis de elementos opuestos, todo esto llegó a ser aceptado como rasgo importante del derecho real, así como antes se le había aceptado como aspecto importante del derecho romano y canónico, desde la época de Irnerio y de Ivo, de Azo y de Graciano.

El concepto de cuerpo de derecho presuponía el concepto de su desarrollo. Antes, en la legislación periódica de los gobernantes germánicos, cada gran "codificación" se había concebido como una recapitulación general del derecho consuetudinario, que sobreseía a las anteriores. Después del siglo XI, las nuevas leyes reales presupusieron la existencia continuada de las anteriores y, de hecho, edificaron sobre ellas. El derecho pareció extenderse y desarrollarse, conforme un rey aumentaba la legislación de sus predecesores. Tal vez los más notables ejemplos de ello sean, primero, el desarrollo orgánico de la legislación siciliana a partir de las leyes de Rogerio II (las Sesiones de Ariano), hasta las de sus hijos y las de su nieto Federico II *(Liber Augustalis)*, y, segundo, la serie de sesiones posesorias y otros decretos emitidos por los reyes ingleses desde la época de Enrique II hasta los reinados de Ricardo, Juan y Enrique III.

El concepto de desarrollo orgánico del derecho fue asociado a un principio de legalidad. Se dio por sentado que los reyes gobernaban según la ley. "La tierra se edificará por ley": así empieza el primer libro escandinavo de derecho. Al mismo tiempo, el gobierno *por* el derecho fue apoyado, en teoría aunque no siempre en la práctica, por una difundida fe en la sobera-

nía *del* derecho. Ésta fue la fe —expresada en el siglo XII por Juan de Salisbury y otros, y en el XIII por Eike von Repgau, Bracton, Beaumanoir y otros— en que el propio rey estaba atado por la ley y que sus súbditos podían llegar a tener, en ciertas circunstancias, hasta el derecho de desobedecer su orden si era ilegal.

Esta creencia estaba arraigada, ante todo, en la convicción teológica de que el universo mismo se hallaba sujeto a una ley.

En segundo lugar, esta idea estaba arraigada en la dualidad de las autoridades seculares y las espirituales, que ponía limitaciones prácticas y teóricas al poder de cada una. Cada reino de Europa, incluso la propia Sicilia normanda, experimentó la tensión entre la autoridad papal y la real. Y hasta los más poderosos gobernantes seculares tuvieron que contar continuamente con la opinión papal, no sólo en sus asuntos extranjeros, sino también en su política interna, incluyendo el desarrollo de sus sistemas jurídicos. Esto se debió, en parte, a que durante todo el siglo XII y en menor grado en el XIII (en otras palabras, durante la época formativa del pensamiento político y jurídico occidental), los principales funcionarios de los reyes fueron, a su vez, altos dignatarios eclesiásticos, que debían una parte de su lealtad a Roma.

En tercer lugar, la fe en la supremacía del derecho estaba arraigada en el pluralismo de autoridades seculares dentro de cada reino, y en especial en las tensiones dialécticas entre las entidades reales, feudales y urbanas. También esto fue una parte de la totalidad de la Revolución papal. La división misma entre entidades seculares y espirituales presuponía muchas autoridades seculares dentro de una autoridad espiritual, lo que a su vez presuponía una interacción entre lo secular. El pluralismo de las autoridades seculares dentro de cada reino era, desde luego, no sólo un concepto, sino también una abrumadora realidad política, económica y social. Las ciudades de Europa se habían erigido sobre el fundamento del autogobierno comunal y las libertades de los ciudadanos. También las autoridades feudales resistían continuamente a la intromisión real en sus privilegios. Pasarían muchos siglos antes de que el absolutismo real se volviera factible en la mayor parte de Europa. No obstante, el ejemplo siciliano es clara muestra de que la tiranía era posible pese a una gran descentralización económica, política y social, y de que la creencia —por doquier— en la supremacía del derecho, por tanto, no sólo era un reflejo de condiciones materiales, sino que también desempeñaba un papel positivo al mantener esas condiciones.

En cuarto lugar, la confianza en la supremacía de la ley estaba directamente vinculada con la mutualidad de las obligaciones entre superiores e inferiores en la jerarquía feudal y la aceptación de una interacción dialéctica entre las autoridades centrales y las locales, así como entre las dependencias oficiales y las populares del gobierno. El derecho del vasallo a "desafiar" a su señor, y el derecho del campesino a confiar en las costumbres del señorío, fueron factores importantes en el desarrollo de una conciencia jurídica que podía invocarse contra todo poder arbitrario.

La interacción entre autoridades centrales y locales dependió del desarrollo del concepto y la realidad de la autoridad delegada. Casi por doquier en Europa durante el siglo XII surgió una burocracia real a nivel local: *baillis, Richter,* alcaldes mayores, jueces itinerantes. No llegaron a remplazar a los señores locales y a otras autoridades locales, sino que se dividieron el poder con ellos. También surgió casi en todas partes una interacción entre los jueces reales y otros funcionarios reales, por una parte, y el pueblo al nivel popular, por la otra: jurados, consejos de notables, *Schoeffen.* La existencia de diversas formas de participación popular en la administración de la justicia fue un factor importante y, a la larga, tal vez necesario, para el buen establecimiento de un sistema de derecho real y para el mantenimiento de su supremacía por encima del ejercicio arbitrario del poder por el propio rey.

Más allá de Marx, más allá de Weber

Las diversas partes de la historia narrada en este libro son bien conocidas de los especialistas en varios campos de la historia del derecho. Sin embargo, la historia en su conjunto es singularmente desconocida y en muchos aspectos entra en conflicto con los prejuicios convencionales. Contradice la habitual periodización de la historia de Occidente. Trata la historia de la civilización occidental en conjunto, no como una historia de naciones en particular. Atribuye características modernas a lo que en general se ha considerado como una época premoderna. Niega el carácter predominantemente feudal de la que habitualmente se llama la edad del feudalismo, y trata el derecho feudal y el señorial como complementarios y no como antagónicos al derecho mercantil, al urbano y al real. Atribuye el surgimiento de la tradición jurídica occidental a una separación violenta de la entidad eclesiástica de la autoridad secular y a la formación, dentro de la Iglesia, del primer sistema jurídico moderno occidental. En estos y en otros aspectos, el relato aquí expuesto ha de contender con suposiciones, ideas y teorías generalmente aceptadas no sólo sobre la historia occidental, sino también sobre la naturaleza de la historia misma. Estas suposiciones, ideas y teorías presuponen una narración totalmente distinta, que de hecho no cuenta con el apoyo de la investigación histórica especializada de las dos generaciones anteriores. Por consiguiente, es necesario en las últimas páginas hacer frente a algunos de los obstáculos teóricos, para llegar a un cabal entendimiento de la formación de la tradición jurídica occidental y para plantear algunas de las implicaciones teóricas de la historia narrada en este libro.

La mayoría de las personas cultas dividen la historia de Occidente en los periodos de la Antigüedad Clásica, la decadencia y caída del Imperio

romano, la Edad Media y los Tiempos Modernos (comenzando con el Renacimiento y la Reforma). Suelen considerar los Tiempos Modernos como las historias de las naciones individuales que integran la civilización occidental, y consideran la Edad Media como un trasfondo del cual surgieron los Tiempos Modernos. El hecho de que el Renacimiento y la Reforma de los siglos XV y XVI fuesen dirigidos contra un Renacimiento y una Reforma anteriores, de los siglos XI y XII, sólo ha empezado a reingresar en la conciencia histórica ahora que Occidente está experimentando el fin, no sólo de los tiempos modernos, sino también de todo el milenio del cual los tiempos modernos forman una mitad. Por fin empieza a reconocerse, más generalmente, que el primer Renacimiento y la primera Reforma constituyeron el primer gran punto de cambio en la historia de Occidente, y que no sólo fueron la fuente de la tradición jurídica occidental, sino también de otros grandes aspectos del pensamiento y la acción sociales de Occidente.

Las falacias de la convencional periodización de la historia occidental están directamente relacionadas con el exagerado nacionalismo del siglo XIX, cuando se empezó a escribir la "historia científica". En realidad, la razón de ser de la historia científica pareció consistir, en muchos casos, en seguir la huella del crecimiento de una nación, de sus orígenes tribales y feudales a su contemporánea gloria y grandeza. Hoy, la historiografía nacionalista está perdiendo terreno en muchos campos. Sin embargo, en el derecho, y especialmente en el inglés y el norteamericano, aún impera la historiografía nacionalista. Se subrayan los rasgos distintivos de cada sistema jurídico nacional de la civilización occidental y se minimizan sus rasgos comunes. Pese a sus orígenes comunes, cada sistema jurídico nacional de Occidente aún es elogiado por sus partidarios por sus cualidades únicas que, según se dice, corresponden al carácter único y a la historia exclusiva de su nación particular. Los historiadores jurídicos comparativos sólo ligeramente han contrarrestado esta tendencia con su tradicional división de los sistemas jurídicos occidentales en el "europeo continental" y el "anglo-americano". Recientemente se ha venido a añadir una tercera "familia", la del "derecho socialista" de la Unión Soviética y Europa oriental. Sin embargo, la verdad es que todas éstas son ramas de un mismo árbol genealógico. Todos los sistemas jurídicos occidentales —el inglés, el francés, el alemán, el italiano, el polaco, el húngaro, y otros (incluso, desde el siglo XIX, el ruso)— tienen raíces históricas comunes, de las cuales han derivado no sólo una terminología y unas técnicas comunes, sino también conceptos, principios y valores comunes.

Además de las falacias nacionalistas, la historiografía jurídica también ha sufrido por las falacias religiosas, tanto protestantes como católicas, que han oscurecido la continuidad existente entre la Edad Media católica y la historia europea moderna posterior a la Reforma. A ellas se han añadido, asimismo, las falacias de la Ilustración, que descubrió un Renacimiento contemporáneo de la Reforma, así como las falacias de la teoría marxista, que descubrió un surgimiento del capitalismo contemporáneo del Renacimiento y la Reforma. Y ese oscurecimiento de la continuidad entre lo medieval y lo moderno también ha oscurecido la *discontinuidad* entre los periodos anterior y posterior a la Reforma gregoriana de la Iglesia católica a finales del siglo XI y comienzos del XII. Como resultado, casi ha caído en el olvido el trasfondo de la tradición jurídica occidental en el derecho consuetudinario comunitario de los pueblos germánicos celtas y otros de Europa entre los siglos VI y XI.

La historia de la formación de la tradición jurídica occidental también fue oscurecida por el surgimiento, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, de otro tipo de historiografía, directamente vinculada con la nueva ciencia de la sociología. A esta nueva historiografía se le ha llamado a veces "historia social y económica" y a veces "teoría social". Entre sus pioneros se encuentran Montesquieu, Hegel, Saint-Simon, Compte, Tocqueville y otros. Sus últimos maestros fueron Carlos Marx a mediados del siglo XIX y Max Weber a finales de éste y comienzos del XX. Dichos "teóricos sociales", en contraste con los "historiadores científicos", intentaron explicar la historia por medio de las fuerzas sociales y económicas activas bajo la superficie de los hechos políticos e ideológicos. Los historiadores científicos no los consideraron como historiadores "auténticos", sino como "teóricos"; y, sin embargo, teorizaron básicamente acerca de una historia muy real, a saber, la historia de Occidente.

Los teóricos sociales del siglo XIX y comienzos del XX se preocuparon en especial por explicar las revoluciones que, periódicamente, habían interrumpido el curso de la evolución social. Marx, en particular, tuvo un concepto muy amplio de la revolución, que hemos seguido en este estudio; vio la revolución como una total transformación social, económica, política, jurídica e ideológica; de hecho, como una transformación del hombre mismo.[1] Empero, el materialismo histórico de Marx produjo explicaciones excesivamente simplificadas de las causas de las grandes revoluciones europeas y una definición muy limitada de las clases sociales basada en su relación con los medios de producción. De este modo, interpretó erróneamente la Reforma protestante y perdió de vista la Revolución papal. Además, Marx extrapoló directamente, pasando de la historia de las naciones europeas a la historia de la humanidad, sin tomarlo bastante en cuenta la importancia de culturas intermedias como la occidental, la islámica, la china. Como lo ha observado Robert Tucker, "Según Marx, la auténtica unidad social es la especie, la colectividad humana... todas las revoluciones sociales son revoluciones mundiales".[2] De este modo, Marx identificó sin darse cuenta la historia del Occidente con la historia del mundo. Su célebre declaración, "Las revoluciones son las locomotoras de la historia", que pudo aplicarse con verdad a Occidente, no podía aplicarse a las culturas no occidentales cuando Marx la hizo; en parte porque la hizo, se ha vuelto también verdad en algunas culturas no occidentales.

A pesar de su rebelión contra la historiografía convencional, los teóricos sociales simplemente aceptaron la prevaleciente periodización de la historia occidental en una Edad Media que había empezado en un momento incierto del pasado y una Edad Moderna que había comenzado cerca del siglo XVI (o posiblemente el XVII o el XVIII). Sin embargo, a esto añadieron una premonición de que el periodo moderno de la historia occidental estaba a punto de ser suplido por una nueva época.

Los teóricos sociales dieron un contenido específico a la formación socioeconómica de la Edad Media. La llamaron la época del "feudalismo". Por contraste, la Edad Moderna llegó a parecer una época de "individualismo" o de "capitalismo", dependiendo de si el énfasis era en los valores sociales o en los económicos. Los teóricos sociales trataron de analizar estos tipos sucesivos de orden social y de explicar cómo y por qué habían surgido. Aplicaron un método histórico y comparativo con objeto de crear una ciencia universal de la evolución social. Marx sostuvo que cada sociedad tiende a pasar de una economía "asiática" o esclavista al feudalismo, del feudalismo al capitalismo y del capitalismo al socialismo. Consideró que esta progresión era consecuencia inevitable de la dinámica de la lucha de clases. El concepto de feudalismo fue básico en esta teoría, la cual postula que del conflicto entre un campesinado atado a la tierra y una feudal clase gobernante surgió, con el tiempo, un nuevo conflicto entre un proletariado industrial y una clase gobernante capitalista, y que de ese conflicto estaba destinada a surgir una sociedad socialista sin clases.

También muchos no marxistas han atribuido un carácter universal al feudalismo, considerándolo una etapa del desarrollo de muchas culturas. En particular se ha dicho que las culturas japonesa y rusa experimentaron el feudalismo durante el periodo "medieval" de su historia. El estudio intercultural del feudalismo ha producido atisbos interesantes y valiosos, pero es engañosamente cosmopolita. Tras él asoma la pregunta etnocéntrica: "¿Qué rasgos de las sociedades medievales de Occidente son esenciales para una definición universal del feudalismo?" La mayoría de los historiadores de la sociedad y la economía han subrayado cuatro de tales rasgos: un campesinado sometido y atado a la tierra (servidumbre), una clase militar especializada (los caballeros), una autoridad pública fragmentada en manos de una nobleza dispersa en heredades (señorío) y una distribución del poder y los privilegios entre la nobleza por medio de un sistema de vasallaje y tenencia de la tierra dependiente (feudos). Luego, han buscado paralelos en otras culturas. A esto podría llamársele una forma de imperialismo académico.

En casi todas las definiciones convencionales de feudalismo se omite toda referencia a *1)* los sistemas de creencias del pueblo que vivió bajo el feudalismo; *2)* la relación entre las autoridades eclesiásticas y las seculares en los sistemas feudales, y *3)* los tipos de teorías e instituciones jurídicas que prevalecieron en las sociedades feudales. Estas omisiones nos dejan

sin ninguna guía con respecto al significado general de la ideología, la política y el derecho bajo el feudalismo; aunque al menos con respecto al feudalismo occidental no cabe duda de que los tres desempeñaron un papel de extraordinaria importancia en el orden social en su conjunto. Aun si, como lo postulan casi todos los materialistas históricos, la ideología, la política y el derecho en la Edad Media deben considerarse como una superestructura, edificada sobre la base económica del modo feudal de producción, sigue en pie la pregunta decisiva: "¿Cómo y por qué produjo el feudalismo occidental un tipo de superestructura tan diferente del producido por el feudalismo japonés o el ruso?"

Según Marx, los elementos esenciales del feudalismo eran, primero, la agricultura en pequeña escala con una tenencia de la tierra dependiente ("el modo de producción pequeño"), y segundo, un campesinado sometido, atado a la tierra (servidumbre). Esto hizo posible que la clase feudal gobernante se quedara con la plusvalía del trabajo de los campesinos. Otros aspectos de la tenencia feudal de la tierra tal como existió en Occidente en su apogeo, como el vasallaje, la clase caballeresca y una autoridad pública fragmentada, no fueron, según Marx, rasgos definitorios del feudalismo. Marx vio el feudalismo, así como el capitalismo, por sus conflictos y no por su cohesión. Además, Marx no se interesó en el hecho de que el dinero y el comercio desempeñaran una parte importante en la economía de la época feudal en Occidente, y que en los siglos XII y XIII una civilización urbana floreciente, con miles de ciudades, coexistiera con el pequeño modo de producción. Al menos los marxistas contemporáneos no niegan —no pueden negarlo— que esto ocurrió así, pero generalmente sí le niegan toda gran significación. Siguen basándose en el postulado de Marx, de un implacable antagonismo entre unas economías rurales autosuficientes más o menos estáticas y unas economías urbanas en expansión comercial, lo que con el tiempo dio por resultado el derrocamiento de las primeras ("feudalismo") por las últimas ("capitalismo").

Lamentablemente para este análisis marxista, el "modo de producción feudal" —es decir, el sistema señorial— se había desplomado a finales del siglo XIV en toda Europa, y el modo de producción "capitalista" tal como lo definió Marx sólo surgió en el siglo XVIII o, si acaso, en el XVII. Esto deja un periodo de "transición" de tres a cuatro siglos durante el cual se desarrolló un poder estatal centralizado, a saber, las monarquías absolutas de Europa. Fue función de los nuevos Estados nacionales, según la teoría marxista, reprimir al campesinado, "pues ya no sobrevivían los órganos locales del poder feudal".[3] Así, se arguye que aun cuando el sistema político cambió por completo, el sistema socioeconómico siguió siendo inmutable. "La clase gobernante", dice un destacado historiador marxista, "siguió la misma, así como una república, una monarquía constitucional y una dictadura fascista pueden ser, todas ellas, formas del gobierno de la burguesía".[4] ¡Es cómodo pintar la historia con una brocha gorda!

Bajo la interpretación marxista del feudalismo se encuentra el postulado de que el gobierno político, es, esencialmente, un medio por el cual la clase económica dominante mantiene su predominio; por tanto, la forma que adopte el poder político en especial la forma jurídica, no es más que un instrumento del dominio de esa clase. Como escribió el socio de Marx, Federico Engels, "El jurista imagina que está operando con principios *a priori*, mientras que en realidad no son más que reflejos económicos".[5] Se sostiene que la economía y en particular los intereses económicos de la clase gobernante forman la "base material" de cada sociedad; la política y el derecho no son más que una parte de la "superestructura ideológica" que es producida por la base, que la refleja y la conserva.

Sin embargo, este sistema se encuentra a la deriva ante la realidad de que el derecho, en el llamado feudalismo, no sólo apoyó la prevaleciente estructura de poder entre señor y campesino, sino que también la desafió; el derecho fue un instrumento no sólo para intensificar, sino también para restringir el poder de los señores feudales. Los primeros juristas profesionales de Occidente —profesores de las universidades, jueces, abogados al servicio de papas y obispos o de emperadores, reyes y de la nobleza feudal— plantearon la pregunta de cuándo y cómo podía ser frustrada la voluntad de un gobernante si era contraria a la ley. Y ésta no era simplemente una pregunta filosófica. Era una pregunta que penetró en el sistema mismo del poder político que se estaba creando por entonces, sistema caracterizado por lo que hoy llamaríamos "frenos y equilibrios", derivado del dualismo y el pluralismo de las autoridades políticas que había dentro del mismo orden social y económico.

Los mejores historiadores marxistas reconocerán la existencia de una tradición de "legalidad" en Occidente y de la "soberanía del derecho", pero con pocas excepciones afirmarán que no tiene una importancia histórica fundamental.[6] Concederán, por ejemplo, como lo hace Rodney Hilton, que el surgimiento de comunidades urbanas política y jurídicamente autónomas en Europa occidental en los siglos XII y XIII distinguió "al feudalismo europeo... de otros".[7] Pero sería erróneo, añade Hilton, atribuir a la independencia comunal el surgimiento de un nuevo modo de producción capitalista, o cualquier cambio considerable de las relaciones de clase entre señores y campesinos. Por consiguiente, concluye, esto no tiene importancia *teórica*. Diría lo mismo acerca de la legalidad en general. El derecho y hasta la política, desde su punto de vista, forman parte de la superestructura, parte de la ideología, es decir, reflejan pero no *determinan* las fuerzas económicas de la sociedad. Las fuerzas económicas constituyen la realidad básica ("el ser"); el derecho, por definición, no lo hace: sólo es parte de la "conciencia". Y ese dogma domina todo su argumento.

Sin embargo, si distintos feudalismos —como lo indica Hilton— producen diferentes sistemas jurídicos, ¿qué hizo que el derecho feudal de Europa occidental, por ejemplo, fuera tan diferente del derecho feudal de Rusia o de

Japón? ¿Qué produjo en Occidente el *contrato feudal*, con su mutualidad de derechos y deberes entre señor y vasallo; el *fief*, con su cesión de la tenencia a condición de que se prestaran servicios; el *tribunal señorial*, en que el señor de la finca, el baile y otros funcionarios, por una parte, y los campesinos por la otra, regulaban sus intereses de clases en conflicto? Debió ser algo distinto del feudalismo como tal, ya que el feudalismo existió por todas partes sin producir estos conceptos e instituciones jurídicas.

Pero, por encima de ello, el propio sistema económico se desarrolló de manera muy distinta en Europa occidental de como se desarrolló en Rusia o en Japón. Por tanto, ¿no podrían las diferencias en los sistemas *jurídicos* de esas tres culturas haber desempeñado un papel importante al producir cambios en los sistemas *económicos*, y no sólo a la inversa? Siendo así, entonces el modelo de base y superestructura se vuelve sumamente problemático. De hecho, el desarrollo del derecho en Occidente bajo lo que se ha llamado feudalismo, incluyendo derecho constitucional, derecho de propiedad y las otras partes del sistema jurídico, fue requisito indispensable para los cambios económicos de los siglos XVII a XIX, que los marxistas han identificado con el capitalismo.

La historiografía es básica para la teoría: si la historiografía está equivocada, entonces la teoría cae junto con ella. Si los rasgos principales del derecho occidental moderno, los principales conceptos, instituciones y procesos jurídicos, surgieron a finales del siglo XI y durante el XII —el apogeo de lo que los teóricos sociales, desde la Ilustración y la Revolución francesa, han llamado la época del feudalismo—, entonces ese hecho, en sí mismo, es una refutación considerable a la habitual teoría materialista a la vez del derecho y de la historia.

A quienes no son materialistas históricos, esta refutación puede parecerles carente de interés. Y, sin embargo, lo que está en juego no sólo es el materialismo histórico. La distinción entre feudalismo y capitalismo se ha vuelto importante para todos los modernistas, y en especial para quienes ven la Edad Moderna como el preludio a un futuro nuevo y muy distinto. En ese marco, el concepto de feudalismo se traslada al concepto de "sociedades tradicionales" o de "sociedades preindustriales", consideradas más o menos estáticas, más o menos naturales, en tanto que el capitalismo —y ahora, el socialismo— son asociados con unas sociedades dinámicas, caracterizadas por la "modernización" y la "industrialización". De hecho, así parece ser como incontables personas cultas ven al mundo en la actualidad.

Pero, en realidad, Europa occidental durante el periodo que va de finales del siglo XI a comienzos del siglo XVI fue una sociedad tradicional que conoció una expansión y un desarrollo rápido y dinámico tanto en la economía como en muchos otros aspectos de la vida social. Esto contradice la opinión que sostienen no sólo muchos marxistas y neomarxistas, sino también muchos teóricos sociales de otras escuelas. De este modo, el

historiador antimarxista de la economía W. W. Rostow ha sostenido que las sociedades tradicionales contemporáneas de África y Asia son, por sí mismas, incapaces de un cambio sustancial, y que para cambiar requerirían un "choque exógeno" o un "despegue" producido por un gran auge de las inversiones acompañado por el nacimiento de una nueva élite empresarial.[8] Esto corresponde a la opinión convencional (pero errónea) de que la economía feudal de la Europa medieval permaneció estática hasta que recibió un choque exógeno de la expansión urbana y comercial del siglo XVI. De hecho, una gran expansión agrícola ocurrió a finales del siglo XI y comienzos del XII. Hoy, los historiadores hablan de una "primera edad feudal" y de una "segunda edad feudal".[9] Además, en el siglo XIV declinó el vasallaje, fue esfumándose el sistema señorial y se aplicaron el sistema de tenencia en arriendo y otras formas de relaciones de propiedad, para crear lo que mucho después se llamaría "capitalismo agrícola".

El historiador inglés de la economía Perry Anderson ha intentado explicar, desde un punto de vista marxista, el hecho de que sólo en Europa brotó del feudalismo el capitalismo. Atribuye este avance a unos rasgos distintivos del pluralismo europeo, considerados a menudo por otros marxistas como parte de la superestructura y no de la base económica. Anderson arguye que la distinción entre superestructura y base no es aplicable al feudalismo. En las sociedades precapitalistas, afirma, "las 'superestructuras' de parentesco, religión, derecho o el Estado, entran necesariamente en la estructura constitutiva del modo de producción".[10]

El reconocimiento de la integración del derecho y la economía en la Europa feudal parece, al principio, amenazar todo el análisis marxista. Sin embargo, tal vez la distinción marxista entre la base y la superestructura pueda salvarse por otro medio, a saber, limitando su aplicabilidad a épocas de descomposición de la estructura social. Tal vez los marxistas pudieran aceptar que normalmente —en todas las sociedades— las instituciones económicas y jurídicas se traslapan por completo. Por ejemplo, la propiedad normalmente ha tenido a la vez un aspecto económico y uno jurídico inextricablemente interrelacionados. Pero en ciertas épocas los dos aspectos pueden separarse, y Marx acaso estuviera pensando en esas épocas cuando distinguió la propiedad en el sentido económico, a saber, poder económico, de la propiedad en el sentido jurídico, a saber, derecho económico. En realidad, la clave para una adecuada comprensión de la teoría social de Marx puede ser que él interpretó toda la historia a la luz de una teoría que pretendía ser aplicable principalmente a las épocas de revolución.

Esto también ayudaría a explicar la transferencia hecha por Marx de las ideas decimonónicas de causación, derivadas de las ciencias naturales, a los acontecimientos históricos. Marx buscó leyes científicas de la historia análogas a las leyes científicas de la física y de la química. Encontró tales leyes en el materialismo histórico: por ejemplo, la ley de que en cada sociedad el modo de producción determina las relaciones de clase entre propietarios y no propietarios de los medios de producción, lo que a su vez determina el desarrollo político de la sociedad. Esta fórmula monista, que parece ser un método extremadamente simplificado de explicar hechos complejos en la vida social normal, sirvió a dos funciones importantes del pensamiento marxista: explicó los orígenes revolucionarios de las instituciones y creencias existentes, y ofreció una base para lanzar contra ellas un ataque revolucionario. Sin embargo, hoy las ideas de causación, aun en la física y la química, son más complejas, y en la historia social, se ha vuelto cada vez menos posible hablar siquiera de leyes de causación. Resulta más preciso y a la vez más útil hablar de la interacción de política, economía, derecho, religión, arte e ideas, sin separar estos aspectos inextricablemente interrelacionados de la vida social en compartimientos de "causa" y "efecto". Esto no es negar que algunos tipos de preocupaciones e intereses son más importantes y más influyentes que otros. No es necesario retirarse de una posición de determinismo a una posición de relativismo. Sin embargo, la verdad parece ser que los factores económicos son de mayor importancia en algunos tiempos y lugares, los políticos en otros, los religiosos en otros, los jurídicos en otros más, etc.; y que tiene predominante importancia en todos los tiempos y lugares el modo de interacción de estos diversos factores.

Desde este punto de vista, los escritos —brillantes pero con frecuencia oscuros— sobre derecho del gran teórico social alemán Max Weber (1864-1920) representan un cierto avance sobre el pensamiento clásico marxista. Weber rechazó lo que llamó el "dogmatismo evolutivo del marxismo",[11] especialmente su afirmación de que todas las sociedades tienden a pasar por etapas sucesivas de desarrollo, desde las economías "asiáticas" o esclavistas hasta el feudalismo, el capitalismo y el socialismo. También rechazó el materialismo histórico marxista, con su postulado de determinismo histórico.

> Si contemplamos las líneas causales [dijo Weber en 1910], las vemos correr, en un momento, de los asuntos técnicos a los económicos y los políticos, en otro momento de los políticos a los religiosos y los económicos, etc. No hay momento de descanso. En mi opinión, la idea del materialismo histórico, frecuentemente aceptada, de que lo económico es en cierto sentido el punto último de la cadena de causas, está acabada por completo como proposición científica.[12]

Más aún, Weber, en contraste con Marx, subrayó el carácter único de la sociedad occidental moderna y la "universal significación y validez de su dirección de desarrollo".[13] Atribuyó la unicidad y la significación de esta sociedad a factores únicos que ya habían estado presentes en el periodo premoderno, precapitalista y preprotestante de la historia de Europa. Según Weber, el feudalismo occidental, la ciudad medieval occidental y otros rasgos de la sociedad occidental medieval "tradicional" (en contraste

con la "racional") contenían en sí mismos unas fuerzas que faltaban en las sociedades tradicionales de otras culturas del mundo, fuerzas que, a la postre, fueron capaces de transformar a Occidente.[14]

De este modo pudo Weber percibir el carácter y la importancia únicas del temprano desarrollo del derecho occidental, así como su importancia para el ulterior desarrollo económico. Sólo Occidente, afirmó, había experimentado un sistema plenamente desarrollado de justicia tradicional, una regulación jurídica de los grupos de *status* bajo el feudalismo, unos controles constitucionales puestos al poder principesco por los estamentos, el remplazo de un sistema de leyes personales por el "derecho natural" y las sucesivas recepciones del derecho romano. "Todos estos acontecimientos... tienen sólo las más remotas analogías en otros lugares del mundo", escribió. "Por esta razón, la etapa de forjar decisivamente el derecho por especialistas con preparación jurídica no ha sido plenamente alcanzada en ningún lugar fuera de Occidente".[15] La existencia de instituciones jurídicas sumamente desarrolladas y racionales era, en opinión de Weber, requisito necesario para el surgimiento del capitalismo. Escribió Weber:

> Las condiciones económicas han desempeñado por doquier, como hemos visto, un papel importante [en el desarrollo de la sociedad], pero en ninguna parte han sido decisivas por sí solas... Para quienes tenían intereses en el mercado de bienes, la racionalización y sistematización del derecho en general y... la creciente previsión del funcionamiento del proceso jurídico en particular, constituyeron unas de las condiciones más importantes para la existencia... de la empresa capitalista, que no puede prescindir de la seguridad jurídica.[16]

Al rechazar —o, por lo menos, al condicionar severamente— las teorías marxistas de determinismo económico y de una pauta universal de evolución socioeconómica, y al subrayar el carácter único y la "significación y validez universales" de la historia de Occidente, incluso la historia del derecho occidental, la teoría social de Weber muestra lo que debe a la temprana preparación de su autor en derecho y más particularmente en la historia del derecho europeo. Su primer título de posgrado fue en derecho, y su primer trabajo fue en los tribunales de Berlín. Volvió luego a la universidad para obtener otro grado avanzado en derecho, y escribió su tesis sobre el derecho mercantil que afectaba a las compañías y los gremios artesanales de las ciudades italianas y otras ciudades de Europa en los siglos XII a XV. Luego, a los treinta años, aceptó una cátedra de economía en la Universidad de Friburgo, y dos años después pasó a ser profesor de sociología en la universidad de Heidelberg. Aunque luego conquistara fama como sociólogo, especialmente como sociólogo de la política y la religión, sus teorías sociológicas siempre se basaron marcadamente en la historia del derecho, y entre sus obras más importantes se encuentra un libro sobre la sociología del derecho.

Carlos Marx, en contraste, aunque también (sesenta años antes que Weber) había obtenido su primer título en derecho, estudiando en Berlín como discípulo del más grande de los juristas de Alemania, Friedrich Karl von Savigny, se rebeló no sólo contra el enfoque histórico de éste sino también contra la historia de la jurisprudencia y contra la jurisprudencia en conjunto.[17]

La influencia de Weber como teórico social en general, y en especial como teórico social del derecho, se deriva principalmente de su clasificación de todas las sociedades en varios tipos. Cada tipo de sociedad abarca tipos correspondientes de economía, de sistema político, de derecho, de religión, de estilo de arte, dentro de la sociedad. De este modo, pudo presentar Weber un retrato integrado de los elementos estructurales de un tipo dado de sociedad y de sus interacciones. Sin embargo, los diversos tipos de sociedad no pretenden ser auténticos tipos históricos, sino "tipos ideales", es decir, modelos o paradigmas. Afirmó que no suele encontrárseles en la historia en su forma "pura". Y, sin embargo, no pretenden ser simplemente conceptos intelectuales. Pretenden corresponder hasta cierto grado, aunque burdamente, a la auténtica experiencia histórica. Por ejemplo, el tipo ideal de derecho caracterizado por la "racionalidad formal" es aquel en que el derecho aparece como una estructura lógicamente congruente de reglas abstractas, en que los hechos operativos de un caso o problema legal pueden identificarse, resolviendo así el caso o problema. Este tipo de derecho sirve a las necesidades de una economía capitalista, según Weber, y queda ilustrado por muchos rasgos de los actuales sistemas jurídicos de los países capitalistas de Occidente. Sin embargo, dijo Weber, el derecho de Inglaterra, principal país capitalista de Europa en el siglo XIX, no se caracterizaba por la racionalidad formal, sino que era, en cambio, un ejemplo parcial del tipo de derecho "tradicional" (basado en la creencia ya establecida en la santidad de tradiciones inmemoriales) y en parte del tipo "carismático" (basado en el carácter ejemplar de personas individuales, en especial los jueces). De este modo, parece que la distinción entre los tres tipos ideales de derecho, el formalmente racional, el tradicional y el carismático, pretende, por una parte, aclarar ciertos rasgos esenciales de los auténticos sistemas jurídicos; por otra parte, cuando no corresponde a la realidad histórica, los weberianos pueden volver a su valor analítico o "heurístico". No se van a preocupar por el hecho de que un sistema determinado pueda caer en parte dentro de un tipo y en parte dentro de otro tipo ideal.

De esta manera, la ambigüedad del concepto de tipos ideales se manifiesta en el uso de ejemplos históricos para confirmarlos, aunados a una renuencia a permitir que el uso de ejemplos históricos los refute. El propio Weber vaciló entre el deseo de utilizarlos como descripciones de sistemas sociales auténticos y el de usarlos como simples marcos analíticos.

Además de los tres tipos ideales de derecho —el formalmente racional,

el tradicional y el carismático— Weber también postuló un cuarto, el "sustantivamente racional". En derecho, racionalidad formal significa la formulación y aplicación de reglas abstractas por un proceso de generalización e interpretación lógicas; insiste en que se reúnen y se racionalicen, por medios lógicos, todas las reglas jurídicamente válidas y en que formen entonces un complejo, internamente congruente, de proposiciones jurídicas. En contraste, la racionalidad sustantiva atribuye la preminencia no a la congruencia lógica, sino a consideraciones éticas, de utilidad, rapidez y política pública.[18] La misma distinción entre la racionalidad formal y la sustantiva fue aplicada por Weber a la acción económica; la primera se refiere a la previsión económica, la segunda a la realización económica de valores o metas éticas, políticas, utilitarias, igualitarias, hedonistas y otras semejantes. Sin embargo, en el derecho o en la acción económica, la racionalidad sustantiva no corresponde a ningún tipo histórico de sociedad (aunque Weber la vio naciendo en "las tendencias antiformalistas del desarrollo jurídico moderno" y posiblemente en una futura sociedad socialista),[19] mientras que, se dice, la racionalidad formal tanto en el derecho como en la acción económica es característica de la acción social en general en la sociedad capitalista desde el siglo XVI.

De manera similar, Weber afirma que el derecho tradicional es característico de las sociedades tradicionales, y el derecho carismático de las sociedades carismáticas. Define lo "tradicional" como lo "determinado por un hábito arraigado". En el derecho, al menos, el término "tradicional" parece corresponder a lo que suele llamarse "consuetudinario". En la "autoridad tradicional" la legitimidad se basa en la "santidad de antiquísimas reglas y poderes". "Se debe obediencia no a las reglas aplicadas, sino a la persona que por tradición ocupa una posición de autoridad o que ha sido elegida para ella por el amo tradicional." No se crea abiertamente el derecho; las innovaciones sólo pueden legitimarse presentándolas, disimuladamente, como reafirmaciones del pasado. La gerontocracia (gobierno de los ancianos), el patriarcalismo y el patrimonialismo son tipos de dominación tradicional. De ellos son ejemplos la antigua China, Egipto y el Islam. Según Weber, la autoridad feudal tiene muchas características de la autoridad patrimonial y, por tanto, de la tradicional, aunque "el feudalismo occidental es un caso marginal de patrimonialismo".[20]

Lo "carismático" se define como determinado por una "devoción a la santidad, el heroismo o el carácter ejemplar de una persona en particular, y de las pautas normativas o del orden revelado u ordenado por ellas". Éste tal vez sea el menos claramente concebido de los tipos de autoridad de Weber. La palabra "carisma" significa "el don de la gracia", y fue empleada en los primeros siglos del cristianismo para referirse al poder curativo dado a un cristiano por el Espíritu Santo. El gran historiador jurídico alemán Rudolph Sohm usó el término "carismático" para referirse al concepto de la gracia sacramental, subyacente al derecho de la Iglesia

antes del siglo XII. Weber tomó de Sohm el término y lo aplicó a todas las personalidades individuales "dotadas de poderes o cualidades sobrenaturales, sobrehumanas o, al menos, específicamente excepcionales". Entre ellas incluyó Weber no sólo a "salvadores, héroes y profetas", sino también a magos, chamanes y demagogos, arguyendo que "un análisis sociológico libre de valores tratará a todos éstos al mismo nivel".[21]

Afirmó Weber que la autoridad racional, sobre todo esa subespecie de la racional a la que llamó burocrática,

> está atada a reglas intelectualmente analizables, mientras que la autoridad carismática es específicamente irracional en el sentido de ser ajena a todas las reglas. La autoridad tradicional está atada a los precedentes del pasado y, hasta este punto, también está orientada por reglas. Dentro de la esfera de sus reclamaciones, la autoridad carismática rechaza el pasado, y en este sentido es una fuerza específicamente revolucionaria.[22]

Diríase, entonces, que no puede haber algo como *derecho* carismático. Empero, Weber evitó esa conclusión postulando que aun cuando "en su forma pura la autoridad carismática tiene un carácter específicamente ajeno a las estructuras rutinarias de todos los días", no obstante se le puede transformar en tales estructuras; se le puede "rutinizar". De hecho, puesto que es inherentemente inestable, debe ser transformada si quiere sobrevivir, volviéndose "tradicionalizada o racionalizada, o una combinación de ambas cosas".[23] Weber encontró ejemplos de esa "rutinización del carisma" en la sociedad de la antigua Roma, en sociedades budistas e hindúes, en la Iglesia católica, en la sociedad germana de parentesco y aldea y en otros lugares. En cierto punto, sugirió que todos los tipos de autoridad y de derecho fueron originalmente carismáticos: no sólo lo que es justo en casos particulares, sino también las normas generales para todos los casos futuros similares fueron reveladas por personas carismáticamente dotadas. "Tal revelación del derecho... es la madre de todos los tipos de 'hechura' jurídica", escribió Weber.[24] Más aún,

> características de la época carismática de legislación e invención del derecho han persistido, en grado considerable, en muchas de las instituciones del periodo de puesta en vigor y aplicación racional de la ley... Hasta un escritor tan reciente como Blackstone dijo que el juez inglés era una especie de oráculo viviente...[25]

El concepto weberiano de rutinización del carisma introduce un elemento dinámico en un modelo que, por lo demás, era esencialmente estático. Otro elemento dinámico es la transición del tipo tradicional a los tipos racionales de autoridad y de derecho, en que el cuerpo de especialistas —con preparación jurídica— de la sociedad tradicional desempeña un papel importante al sistematizar el derecho para que satisfaga las necesidades de la nueva sociedad racional y burocrática. Parece ser, empero, que

sólo Occidente se ha desarrollado endógenamente, pasando de ser un tipo de sociedad tradicional a uno racional y burocrático, y Weber encuentra las fuentes de ese desarrollo en los acontecimientos característicos de la historia occidental, y no en alguna tendencia general o "ley de desarrollo" de las sociedades tradicionales. Declara Weber que "desde un punto de vista teórico, puede verse que el desarrollo general del derecho y el procedimiento pasa por las siguientes etapas", y entonces enumera varias etapas que corresponden aproximadamente a los tipos carismático, tradicional y formal-racional; sin embargo, inmediatamente afirma que "en la realidad histórica, las etapas teóricamente construidas... no por doquier han seguido en la secuencia que acabamos de anotar, ni siquiera [en] Occidente".[26]

Si dejamos a un lado la sociología de Weber y sus clasificaciones, y sólo consideramos su descripción de rasgos específicos de las instituciones jurídicas occidentales, no puede menos que impresionarnos la enorme y detallada información que presenta acerca de la historia del derecho occidental durante los ocho siglos de su desarrollo. Confirma muchos de los hechos escuetos que forman el fundamento de nuestro estudio: que la Querella de las Investiduras de finales del siglo XI y comienzos del XII fue la base de la separación de la Iglesia y el Estado, que el nuevo derecho canónico del siglo XII fue el primer sistema jurídico occidental moderno, que la reciprocidad de derechos y deberes del señor y el vasallo distinguió el feudalismo occidental del de otras sociedades, que la ciudad occidental del siglo XII y en adelante fue la única en conferir derechos constitucionales a sus ciudadanos. Y, sin embargo, Weber no llega a las conclusiones correctas de estos hechos por culpa de su historiografía, la cual postula un brusco rompimiento en el siglo XVI entre la Edad Media y los Tiempos Modernos, y entre feudalismo y capitalismo. Para Weber, como para Marx, el derecho occidental es un derecho burgués, un derecho capitalista o, en la peculiar terminología de Weber, un derecho burocrático, un derecho formalmente racional.

Si aplicamos la clasificación weberiana de los tipos ideales de derecho a los auténticos sistemas jurídicos de Occidente que surgieron a finales del siglo XI y comienzos del XII, nos llama la atención que en cada uno de esos sistemas estaban *combinados* sus cuatro tipos ideales. Los nuevos derechos canónico, urbano, feudal, señorial, mercantil y real: todos subrayaron la importancia de las reglas y la congruencia lógica en la aplicación de reglas; en realidad, si nos concentramos en el derecho que se enseñaba en las universidades, veremos las semillas de la jurisprudencia conceptual de los pandectistas alemanes del siglo XIX, que Weber consideró como la apoteosis del derecho burocrático racional y formal. Todos ellos subrayaron, asimismo, la importancia del precedente y de la costumbre, lo cual según Weber era la marca del derecho tradicional. Además, el derecho canónico y el real, especialmente, tenían poderosos elementos carismáticos: consideraban al papa o al rey como el oráculo divinamente ungido de

la ley; y también los otros sistemas conservaron muchos nexos con lo divino y, a menudo, con lo mágico. Por ejemplo, todos ellos dependieron mucho de los juramentos. Por último, el concepto weberiano de racionalidad sustantiva se reflejó en el énfasis en el derecho natural y la equidad, en el sentido de razón y conciencia, el cual requería que las reglas fuesen interpretadas a la luz de su propósito y que superaba a la "ley estricta" en casos excepcionales, protegiendo a los pobres y desamparados y aplicando relaciones de confianza.

Es probable que semejante combinación de los aspectos lógico, tradicional, sacro y propositivo del derecho fuese y sea esencial para una integración eficaz del derecho en una unidad orgánica: un cuerpo de derecho al que se le atribuye la capacidad de desarrollarse continuamente.

Es evidente que la clasificación weberiana del derecho en tipos ideales no nos ofrece, en sí misma, una base adecuada para levantar toda una teoría social del derecho. Es útil como introducción a un análisis de las similitudes y las diferencias que existen entre varios órdenes jurídicos históricos, pero no explica esas similitudes y diferencias. No responde a la pregunta "¿Por qué el derecho carismático se volvió tradicionalizado o racionalizado en una sociedad y no en otra?" Más aún, ni siquiera menciona, y mucho menos explica, el hecho de que la tradición jurídica occidental sea, en sí misma, una combinación de los cuatro tipos ideales.

La explicación que da el propio Weber a la unicidad del derecho occidental y a las diferencias entre los sistemas jurídicos en general no procedió de su teoría de los tipos ideales, sino de su teoría de la política, especialmente su teoría de que la principal fuerza motora de la vida política es la dominación, y que el principal medio de dominación es la coerción. Era la "diversidad de las relaciones de poder político", escribió, la principal determinante de las importantes diferencias que hay entre los órdenes jurídicos. Hasta diferencias de naturaleza y función de los especialistas jurídicos en diversas culturas, a las que Weber, con razón, atribuyó gran importancia, fueron explicadas por él como "en gran parte dependientes de factores políticos", con lo cual quería decir factores de poder político.[27]

De este modo, Weber se mantiene dentro de la tradición de la historia económica y política a la que también pertenece Marx, pero en contraste con éste buscó los factores causales subyacentes en la historia —pese a ocasionales reparos— en la política y no en la economía. Por igual razón, atribuyó mayor importancia que Marx al papel de las ideas en la historia. Por estas dos razones también dio mayor importancia al papel del derecho, en que siempre se combinan elementos políticos e intelectuales. Pero, en última instancia, Weber encontró la base de las ideas y del derecho en la política, y la de la política misma en la dominación y la coerción. Según Weber, el carisma, la tradición y la racionalidad eran, principalmente, fuentes de legitimación de la autoridad política, por las cuales se podía ejercer con mayor eficacia la coerción.

Además de los tipos marxista y weberiano de teoría social, se ha desarrollado un tercer tipo de análisis sociohistórico, mucho menos complejo, en los escritos de antropólogos con respecto al surgimiento de "sociedades al nivel del Estado" en varias culturas no occidentales: entre los incas de los Andes, los mayas de Mesoamérica, las civilizaciones islámicas del Cercano Oriente y en el Egipto, la India y la China de la antigüedad. Muchos antropólogos han vuelto a los conceptos evolutivos del siglo XIX, afirmando que pequeñas bandas igualitarias de familias aisladas se desarrollaron hasta ser grandes tribus basadas en grupos de familias, y que éstos, a su vez, evolucionaron hasta ser cacicazgos con linajes jerarquizados y, a la postre, en Estados centralizados, estratificados y diferenciados. Se nos dice que las causas más importantes ("primeros motores") de la transición de cacicazgos a Estados fueron las nuevas tecnologías del riego, la guerra, el crecimiento demográfico y el comercio. Además, a veces se subrayan otros dos factores de carácter mucho menos específico: las incrementadas "operación y competencia" entre grupos diferenciados de la sociedad y el "poder integrador" de las grandes religiones y estilos de arte. Una idea representativa es que no hubo en acción una sola causa, sino que, en general, el medio y la economía fueron decisivos para producir una "disposición jerárquica de los miembros y clases de la sociedad que [a su vez] ofrece la actual integración en Estado". "La decisiva contribución de las religiones de Estado y los estilos de arte estatales consistió en legitimar esta jerarquía, en confirmar la afiliación de quienes se encontraban en la cúspide, produciendo una experiencia religiosa." Se considera que la cooperación y la competencia, incluyendo las estructuras institucionales y procesos de ley, fueron totalmente neutrales: "Igualmente pueden funcionar para mantener la homeostasis como para promover la evolución".[28]

Se nos dice que la clave del surgimiento de estas sociedades al nivel del Estado fue la "estratificación", es decir, la diferenciación entre gobernantes y gobernados, y entre los mismos gobernados, en diversos grupos y clases. Con toda estratificación surgió un conflicto, y de este conflicto surgió la centralización política; el Estado, a su vez, fue apoyado por explicaciones lógicas y sistemáticas del universo, especialmente por medio de la ciencia y de la tecnología, así como por un control social lógico y sistemático en forma de derecho.

Aunque los autores de esta teoría antropológica han prestado escasa atención a la temprana historia europea, en cambio han solido suponer que el surgimiento del Estado en Occidente, junto con su sistema de teología, ciencia y derecho, siguió un curso similar al que adoptó en otras culturas. Sin embargo, de hecho, hay varias importantes diferencias entre el surgimiento de la sociedad al nivel del Estado en Occidente y su surgimiento en otras culturas; y estas diferencias se resisten a dejarse explicar tan sólo por las teorías de los antropólogos, y también por las teorías sociológicas de Marx y Weber.

La primera diferencia es que no fue "el Estado" el primero en surgir en Occidente a finales del siglo XI, sino la Iglesia en forma de Estado. Además, aunque la Iglesia estuviese centralizada y tuviese un derecho centralizado y sistematizado, sólo pretendía gobernar la mitad de la vida. La otra mitad era gobernada por varias autoridades seculares que coexistían con la Iglesia y entre sí en un mismo territorio. Las instituciones políticas y jurídicas de las autoridades seculares fueron quedando gradualmente centralizadas y sistematizadas durante los dos o tres siglos que siguieron al surgimiento de la Iglesia centralizada y su derecho centralizado y sistematizado. Hubo cooperación y competencia —a veces, competencia encarnizada— entre la Iglesia al nivel del Estado y las autoridades seculares al nivel del Estado, así como entre las propias autoridades seculares al nivel del Estado.

Un segundo rasgo distintivo de la sociedad occidental en la primera etapa principal de su desarrollo fue que existieron tensiones dialécticas en la teología, la ciencia y el derecho, correspondientes a la tensión dialéctica entre las autoridades políticas eclesiásticas y seculares. Las tensiones entre este mundo y el próximo, entre la razón y la fe y entre el derecho humano y el derecho divino amenazaron con desgarrar la cristiandad occidental; y, a la postre, lo hicieron con la Reforma protestante.

En tercer lugar, la sociedad se mantuvo unida, y su teología, ciencia y derecho recibieron su carácter lógico y sistemático, en parte por un sentido único de desarrollo en el tiempo, de continuidad, de evolución, aunado a la recapitulación de una gran revolución en el pasado y una premonición de la revolución en el futuro. La experiencia de una interacción dialéctica entre revolución y evolución que ocurriría a lo largo de siglos es rasgo exclusivo de la historia occidental. La Iglesia recordaría la Reforma gregoriana y la fundación del *ius novum* de Graciano, y se resistiría a nuevas revoluciones como la propuesta por Wiclef, Hus y los partidarios del movimiento conciliar. Las ciudades-Estados recordarían la concesión de sus cédulas de libertades, que eran periódicamente renovadas y resistirían o bien aceptarían con los brazos abiertos las rebeliones políticas y los movimientos reformistas de dentro y de fuera; los reinos se vieron atrapados en una dialéctica similar de evolución legal lenta o rápida, con un cambio revolucionario fundamental teniendo como trasfondo el Juicio Final.

Ni las teorías antropológicas de la estratificación ni las sociológicas del determinismo histórico o de los tipos de dominación política pueden explicar estos rasgos distintivos de la tradición jurídica occidental. Sí ayudan a explicar la necesidad o el deseo de *algún* tipo de orden jurídico, pero no la necesidad ni el deseo de un tipo distintivo de tal orden con su dinámica distintiva, como en realidad surgió en Occidente.

Y, sin embargo, las teorías de Marx y Weber con respecto al derecho, su historia y su relación con la economía y la política, así como las teorías antropológicas del surgimiento de sociedades del nivel de Estados, merecen consideración, en parte porque han sido generalmente aceptadas (aun-

que, por lo general, en versión moderada) y en parte porque sugieren respuestas a preguntas importantes. Nos vemos desafiados, o bien a aceptar estas respuestas, o bien a encontrar otras mejores. Si el derecho no es básicamente un instrumento de dominación de clase, entonces ¿qué es? Si el derecho occidental en su época formativa no fue un reflejo ideológico del feudalismo, entonces ¿qué fue? Si el derecho occidental contemporáneo no se basa en la propiedad privada, la libertad de contrato y otras instituciones del capitalismo, entonces ¿en qué se basa? Si la caracterización del tipo occidental de derecho como forma racional y del orden social al que sirve como burocrático no resulta satisfactoria, entonces ¿qué caracterizaciones serían más apropiadas? Si el derecho no es parte de la superestructura ideológica de una sociedad, edificada sobre una base material, sea económica (Marx) o política (Weber), entonces ¿nos vemos de regreso a un inaceptable hegelianismo, que considera la historia como el choque y la síntesis de las ideas? ¿Deberemos creer que los conceptos y valores jurídicos occidentales simplemente surgieron de esfuerzo intelectual o espiritual y fueron, en sí mismos, un factor iniciador o fuerza impulsora de la formación de los sistemas económicos y políticos de Occidente?

La teoría social, tanto marxista como weberiana, nos sirve como valiosa advertencia contra la tentación de recurrir a una explicación puramente ideológica o idealista del desarrollo del derecho y de las instituciones jurídicas. Los teóricos sociales tienen razón, sin duda, al creer que el surgimiento de refinados sistemas jurídicos modernos en Occidente no se explica tan sólo como resultado de un choque de ideas. Fue causado, en parte al menos, por una lucha política de personas y grupos con ideas opuestas; fue resultado, en parte, de una revolución. Pero para la teoría social, la pregunta es: "¿Qué causó la revolución?" Si la revolución sólo se describe en forma narrativa, sin explicarla, puede haber una implicación oculta de que en realidad no fue más que lo que pareció ser en la superficie: una lucha política e ideológica de elites (el partido papista contra el partido imperial o real). ¿No estuvo la revolución también directamente relacionada con lo que estaba ocurriendo entre las masas de personas que vivían en aldeas, en señoríos y en los poblados? Si la cuestión del poder en la cumbre y de la ideología oficial estuviera directamente relacionada, de hecho, con la vida social y económica en el fondo de la pirámide, entonces el nuevo sistema jurídico que surgió podría explicarse no sólo como parte de la historia política e intelectual, sino también como parte de la historia social y económica.

Hasta la clasificación marxista del derecho como parte de la superestructura ideológica podría hacernos tratar la historia jurídica exclusivamente como el desenvolvimiento de políticas legales y conceptos legales oficiales, y no como una regulación de la vida social y económica de toda la sociedad. Muchos marxistas ven el derecho como algo separado de la base económica; ven la propiedad como institución jurídica cual si estuviese separada de la propiedad como institución económica; y aunque se rinde homenaje al básico postulado marxista de que el derecho es un reflejo de intereses económicos de clase, lo que se trata bajo ese rubro no es el modo en que el derecho funciona realmente en la vida social y económica, sino el modo en que expresa unos valores sociales dominantes o, de alguna otra manera, revela su carácter ideológico.

Aquellos historiadores, sociólogos y antropólogos que han examinado las políticas y los conceptos jurídicos, así como las cuestiones jurídicas en general, como se manifiestan en la vida social en la base de la pirámide social, es decir, entre la gran mayoría del pueblo de una sociedad, han aportado un correctivo importante a la vez a una concepción idealista del derecho y a una teoría elitista del cambio jurídico-político. En la época de la Revolución papal, la gran mayoría del pueblo o de una sociedad significaba la masa de tribeños y aldeanos, campesinos libres y siervos, artesanos, mercaderes, párrocos, monjes... en contraste con jefes, príncipes, señores, obispos, abates, juristas, sabios. Un estudio de la estructura de los escalones inferiores de la sociedad de aquella época muestra que había una clara relación y una interacción entre lo que ocurría en la parte baja de la pirámide social y lo que ocurría en la cúspide.

Más particularmente, el sistema de competencia y cooperación entre las autoridades eclesiásticas y las seculares, que brotó de la Revolución papal, no habría podido establecerse a menos que en siglos precedentes se hubiese desarrollado un pluralismo de grupos populares, con agrupaciones intermedias entre la masa de campesinos y las capas superiores de la autoridad imperial y real.[29] De manera similar, la unificación política de la Iglesia católica romana bajo la autoridad del papa no habría sido posible a menos que en siglos anteriores se hubiese desarrollado una comunidad popular de los fieles, un *populus christianus* que cubriera toda la cristiandad universal. A mayor abundamiento, la sistematización del derecho dentro de las diversas comunidades, eclesiástica y secular, sólo fue posible porque antes se había desarrollado ya una estructura informal y asistemática de relaciones jurídicas dentro de esas comunidades. Habían surgido las relaciones entre señor y vasallo: caballeros, beneficios. Las relaciones entre señor y campesino habían resistido a las rebeliones y habían tomado forma en una economía señorial. Rodney Hilton nos informa que desde el siglo X los pueblos de Normandía elegían a los delegados de sus juntas regionales para enviarlos a una asamblea campesina general y que, además, en aquel temprano periodo surgió la práctica de a negociación entre los campesinos y las autoridades de la aldea por servicios laborales, impuestos, multas y derechos.[30] De abajo arriba, cada escalón pudo, ocasionalmente, exigir racionalidad a su superior.[31] Esto ocurrió mucho antes de que el derecho llegara a ser una disciplina universitaria, mucho antes de que hubiese juristas y jueces profesionales, mucho antes que se sistematizaran los diversos cuerpos del derecho.

De este modo, la tradición jurídica occidental creció —en parte— de la estructura de interrelaciones sociales y económicas que había dentro y entre grupos en el nivel popular. Las pautas de conducta de las interrelaciones adquirieron una dimensión normativa: los usos se transformaron en costumbres. Y, con el tiempo, la costumbre se transformó en ley. La última de esas transformaciones —la costumbre en ley— suele explicarse, en parte, por el surgimiento de autoridades políticas centralizadas, cuando se hizo necesaria una restructuración consciente, en lo alto, para controlar y dirigir la estructura —en lento cambio— de la mitad de la pirámide y la base. Así, el derecho es costumbre transformada, y no sólo la voluntad o la razón del legislador. El derecho cunde hacia arriba desde la base, y no sólo hacia abajo desde la cumbre.

Por consiguiente, la teoría social debe aceptar un concepto más vasto del derecho que el que adoptaron Marx y Weber. El derecho es, como ellos lo creyeron, un instrumento de dominio, un medio de cumplir la voluntad del legislador. Pero esa teoría de derecho habitualmente identificada a la escuela positivista de jurisprudencia sólo nos revela una parte de la historia. El derecho es, asimismo, una expresión de normas morales interpretadas por la razón humana. Esta idea del derecho, asociada con la teoría del derecho natural, también es parcialmente cierta. Por último, la ley es hija de la costumbre, producto de valores y normas históricamente arraigados de la comunidad. Este tercer concepto, identificado a la escuela histórica de filosofía jurídica, también puede arrogarse —como cada una de las otras dos escuelas— un tercio de la verdad.

Combinando estas tres perspectivas, acaso sea posible ofrecer mejores respuestas que las que Marx y Weber dieron a las preguntas que plantearon. El derecho es, en parte, un instrumento de gobierno de clase y un reflejo ideológico de los intereses de la clase gobernante. En todo sistema jurídico podrían encontrarse ejemplos para mostrarlo. Pero eso no es todo. En Occidente, el derecho también ha sido una protección contra el poder arbitrario de la clase gobernante, y hay mucho que se deriva de la razón y de la moral, así como hay mucho en él que se deriva de anteriores periodos de la historia y que no necesariamente refleja los intereses de la clase gobernante.

De manera similar, decir que el derecho occidental antes del siglo XVI fue un reflejo ideológico del feudalismo, sólo es señalar un aspecto de ese derecho. Otros aspectos —por ejemplo, la ley de créditos comerciales para financiar el comercio de la lana o el comercio de las especias en los siglos XIII y XIV— fueron un reflejo del capitalismo. Gran parte del derecho de los gremios era de carácter socialista. Una gran parte del derecho canónico de delitos, con su gran énfasis en el pago en el sentido de reivindicación del derecho, parece igualmente apropiado para cualquier otro sistema socioeconómico.

De manera semejante, resulta una simplificación excesiva catalogar los sistemas jurídicos occidentales modernos como simples reflejos ideológicos del capitalismo. Gran parte del derecho moderno es de un carácter más feudal que capitalista. Gran parte desafía toda catalogación en términos socioeconómicos. Se necesita un sistema de catalogación y caracterización más completo, que no sólo se base en tipos de formaciones económicas y políticas, sino también en normas filosóficas, ideológicas y otros tipos de criterios.

A la pregunta de si el derecho debe considerarse como parte de la base material o como parte de la superestructura ideológica, hemos de volver a responder que en Occidente es ambas cosas, lo que equivale a decir que el derecho occidental muestra que la dicotomía misma es errónea; el derecho es parte del modo de producción de una sociedad, tanto como las tierras labrantías o la maquinaria; las tierras o la maquinaria no son nada si no se les trabaja, y el derecho es parte integral de su operación. Las cosechas no se siembran y recogen sin derechos y deberes de trabajo y de intercambio. La maquinaria no se produce, no se lleva del productor al usuario y no se emplea y los costos y beneficios de su uso no se evalúan sin algún tipo de ordenamiento legal de estas actividades. Y ese ordenamiento legal es, en sí mismo, una forma de capital. Marx distinguió la propiedad como poder económico y la propiedad como derecho legal, haciendo del primero una causa y del segundo un efecto, pero esta distinción rara vez ocurre en la realidad socioeconómica. Por lo general, éstos son dos modos interrelacionados de referirse a una misma cosa.

Empero, esto no equivale a decir que el derecho *sólo* sea un hecho socioeconómico, o que el derecho legal *sólo* sea otro modo de decir poder económico. El derecho no sólo es un hecho; también es una idea o concepto y, además, es una medida de valor. Inevitablemente, tiene una dimensión intelectual y una moral. En contraste con las normas puramente intelectuales y morales, el derecho se debe practicar pero, en contraste con las condiciones puramente materiales, consiste en ideas y valores. Además, se supone que las ideas y los valores del derecho tienen un cierto grado de congruencia entre sí, y también con las ideas y los valores no jurídicos de la comunidad, es decir, con su ideología en conjunto.

El hecho de que en su naturaleza misma el derecho sea *a la vez* material e ideológico, está relacionado con el hecho de que *a la vez* ascienda a partir de las estructuras y costumbres de toda la sociedad *y* descienda de las políticas y los valores de los gobernantes de la sociedad. El derecho ayuda a integrar a ambos. Así, teóricamente al menos, el conflicto entre las condiciones socioeconómicas y la ideología político-moral que Marx vio como causa primera de la revolución puede ser resuelto por el derecho. En parte para evitar ese resultado teórico —adverso para él—, Marx redujo el derecho a simple ideología.

Por último, el derecho en Occidente —desde la Revolución papal— ha poseído un poderoso elemento diacrónico y, más que ello, un poderoso

elemento de tradición. Tradición es más que simple continuidad histórica. Una tradición es una mezcla de elementos conscientes e inconscientes. En palabras de Octavio Paz: "Es el lado visible de una sociedad —instituciones, monumentos, obras, cosas—, pero es, especialmente, su lado sumergido e invisible: creencias, deseos, temores, represiones, sueños". El derecho suele asociarse con el lado visible, con las obras; pero un estudio de la historia del derecho occidental, y especialmente de sus orígenes, revela su arraigo en las creencias y emociones más profundas de un pueblo. Sin el temor al purgatorio y la esperanza del Juicio Final, la tradición jurídica occidental no habría podido nacer nunca.

También fue Octavio Paz el que dijo: "Cada vez que una sociedad se encuentra en crisis, instintivamente vuelve la mirada a sus orígenes y busca en ellos un signo".[32]

NOTA BIBLIOGRÁFICA, ABREVIATURAS, NOTAS Y AGRADECIMIENTOS

NOTA BIBLIOGRÁFICA A LA QUINTA EDICIÓN EN INGLÉS

Las siguientes obras, que fueron publicadas o que llamaron la atención del autor hasta después de la primera edición de este volumen, complementan las referencias de las notas:

Benson, Robert L., y Constable, Giles (comps.), *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century* (Cambridge, Mass., 1982). Véanse especialmente Stephan Kuttner, "The Revival of Jurisprudence", y Knut Wolfgang Nörr, "Institutional Foundations of the New Jurisprudence".

Nelson, Benjamin, *On the Roads to Modernity: Conscience, Science and Civilizations* (Totowa, N. J., 1981).

Reynolds, Susan, *Kingdoms and Communities in Western Europe, 900-1300* (Oxford, 1984).

Tierney, Brian, *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650* (Cambridge, 1982).

ABREVIATURAS

CLS	Canon Law Series
D.	Digesto de Justiniano
Decretum	Graciano, *Concordia Discordantium Canonum (Decretum)*
Just., C.	Código de Justiniano
Just., I.	Instituta de Justiniano
Just., Nov.	Novelas de Justiniano
MGH	*Monumenta Germaniae Historica: Auctores Antiquissimi, Constitutiones et Acta Publica*
Migne, *PL*	J.-P. Migne, *Patrologia Latina*
TRHS	*Transactions of the Royal Historical Society*
ZSS (ale.)	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung*
ZSS (rom.)	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*

NOTAS

INTRODUCCIÓN

[1] A este movimiento suele llamársele Reforma gregoriana, y no Reforma; sin embargo, la palabra "Reforma" es traducción del término original latino *reformatio,* que en otros contextos casi invariablemente se ha traducido por "reforma".

[2] Lon L. Fuller, *The Morality of Law,* 2ª ed. (New Haven, Conn., 1964), p. 106.

[3] Robert A. Nisbet, *Social Change and History* (Nueva York, 1969). En esta obra, Nisbet rechaza la aplicación de tales metáforas al cambio social; sin embargo, no trata de su aplicación a la conciencia o la ideología de una sociedad en que el cambio social es considerado como crecimiento o desarrollo por quienes lo experimentan. En una obra posterior acepta una metáfora menos fuerte. Véase su *History of the Idea of Progress* (Nueva York, 1980).

[4] Sir Frederick Pollock y Frederic William Maitland, *The History of English Law,* 2ª ed. (1898; reimpresión, Cambridge, 1968), II, 561.

[5] La "transgresión" era un remedio por un daño causado "directamente" por actos intencionales del acusado; la "transgresión del caso" se desarrolló después como remedio al daño causado "indirectamente", incluyendo el daño causado por conducta negligente y cumplimiento negligente de un acuerdo. Véase, en general, Albert K. Kiralfy, *The Action on the Case* (Londres, 1951).

[6] A comienzos del siglo XX, el historiador jurídico y sociólogo alemán Max Weber confirmó el hecho de que el Occidente ha desarrollado un método de pensamiento jurídico que no puede encontrarse en ninguna otra civilización. Véase Max Rheinstein (comp.), *Max Weber on Law in Economy and Society* (Cambridge, Mass., 1966), pp. 304-305. Sin embargo, sólo identificó este método por una de sus cualidades, a la que llamó "racionalidad formal". Éste fue esencialmente el método de los juristas del siglo XIX, sobre todo en Alemania (aunque no, según Weber, en Inglaterra), quienes se interesaron por formar una estructura congruente de reglas legales abstractas, en cuyos términos los hechos operativos de un caso o problema jurídico determinado quedaran identificados, o resuelto el problema. A este método lo llamaron sus adversarios del siglo XIX "conceptualismo" *(Begriffsjurisprudenz).* Max Rheinstein sugiere que Weber se propuso, en su *Sociología del Derecho,* determinar si el razonamiento jurídico así concebido era causa o efecto del surgimiento del capitalismo. El propio Rheinstein dijo que el método era característico del derecho civil europeo —en contraste con el derecho común inglés— "tal como se desarrolló desde el siglo XII en las universidades, primero de Italia, luego de Francia, Holanda y Alemania" *(Max Weber...,* p. li). Y, sin embargo, sólo hay que leer la literatura jurídica de los siglos XII y XIII sea del derecho romano (derecho civil) y el derecho canónico o del derecho real, el derecho feudal o el derecho urbano, sea en Italia o Francia, Inglaterra o Sicilia, o en cualquier parte de la Europa occidental, para ver que el conceptualismo en el sentido del siglo XIX sólo desempeñó un papel, y no el principal, en el razonamiento jurídico de aquella época antigua. También en todos los sistemas jurídicos de la época se hizo gran hincapié en derivar reglas y conceptos a partir de casos, lo que según dicen con razón Rheinstein y otros, fue un método primario de razonamiento en la tradición del derecho común inglés. Por ejemplo, los decretos papales, que fueron una fuente importante del derecho canónico del siglo XII en adelante, eran, esencialmente, los casos decididos por la corte papal. Además, se desarrolló toda una variedad de métodos dialécticos, para reconciliar a autoridades aparentemente en conflicto, incluyendo la exposición de ambigüedades y la evaluación del prestigio de los autores. Ante todo, la integración de sistemas jurídicos fue lograda por la idea, al parecer inventada por Graciano, de una jerarquía de las fuentes de la ley: en los primeros renglones de su *Concordancia de cánones discordantes,* escrita cerca de 1140, Graciano dijo que, en caso de conflicto, la costumbre debía ceder ante la aplicación, la aplicación había de ceder ante el derecho natural, y el derecho natural había de ceder ante el derecho divino. Esto significa que las costumbres, que por entonces eran, con mucho, la forma más difundida en que aparecía el derecho, habían de ser evaluadas en términos de razón y, si no se les encontraba razonables, se las debía rechazar. Esto

difícilmente podría llamarse "racionalismo formal" o "formalismo lógico", en el sentido weberiano. Sin embargo, dio una base para la integración de los diversos sistemas jurídicos en "cuerpos" de ley en desarrollo, no sólo de reglas, sino también de principios y de normas, así como de procedimientos y decisiones.

Más generalmente, la clasificación de Weber de todos los sistemas jurídicos en tres tipos generales —racional, tradicional y carismático— resulta sugestiva desde el punto de vista filosófico, pero engañosa desde un punto de vista histórico y sociológico, ya que los sistemas jurídicos occidentales y la tradición jurídica occidental en conjunto combinan los tres tipos. Bien puede ser que semejante combinación sea necesaria para una integración eficaz del derecho en una unidad orgánica, un "cuerpo" de derecho, concebido para ser capaz de un continuo desarrollo. Todo esto se analiza más plenamente en el último capítulo del libro.

[7] Véase C. K. Allen, *Law in the Making*, 7ª ed. (Oxford, 1964), pp. 65-66.

[8] F. W. Maitland, "Why the History of English Law is Not Written", en H. A. L. Fisher (comp.), *Collected Legal Papers of Frederic William Maitland* (Cambridge, 1911), I, 488.

[9] El Gran Sello de Cromwell, de 1648-1649, llevaba las palabras "El Primer Año de la Libertad Restaurada", y sellos ulteriores fueron emitidos en el segundo, el tercero y sucesivos años de la "libertad restaurada". Véanse A. y B. Wyon, *The Great Seals* (Londres, 1887), p. 36, y un análisis en Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (Nueva York, 1938), pp. 300 y 761.

[10] El hecho de que el nombre Revolución Gloriosa tuviera la connotación de un regreso de la rueda a una posición anterior puede verse por los enormes esfuerzos que se hicieron por mantener la continuidad con las medidas parlamentarias que se habían adoptado desde 1640. Como un parlamento no estaba en sesión en noviembre de 1688, cuando Guillermo de Orange y su esposa María fueron llevados a Inglaterra para remplazar a Jacobo II, se consideró necesario convocar una sesión de todas las personas que habían formado el último parlamento. También se armó un enorme revuelo para hacer un nuevo Gran Sello, que remplazara al que Jacobo se había llevado consigo y arrojado con petulancia al Támesis, durante su huida. Todo debía ser como había sido en algún momento del pasado, pues de lo contrario no habría una "revolución".

[11] El presidente John F. Kennedy, en su libro *Strategy of Peace*, enumeró siete "revoluciones" pacíficas que "están conmoviendo a nuestra nación y a nuestro mundo". Eran las revoluciones de la población, de la granja, de la tecnología y la energía, del nivel de vida, del desarrollo de las armas, de las naciones subdesarrolladas y del nacionalismo. En 1964, un Comité Ad Hoc sobre la Triple Revolución presentó al presidente Johnson una declaración sobre la revolución cibernética, la revolución de las armas y la revolución de los derechos humanos. Muchas otras "revoluciones" aparecen enumeradas en A. T. van Leeuwen, *Development through Revolution* (Nueva York, 1970), cap. 2. Como dice van Leeuwen (p. 32), la falta de claridad en el uso del término "es un fenómeno característico en sí mismo". Y su transferencia de la esfera política comenzó al ser acuñado en 1884 el término "revolución industrial" por un historiador británico, como análoga a la Revolución francesa de 1789, para la cual había que inventar un hecho paralelo en la historia de Inglaterra. Véase Arnold Toynbee, *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England* (Londres, 1884). Bien puede ser que la profusión de aplicaciones de los términos revolución y revolucionario, desde fines de la segunda Guerra Mundial, que llega hasta los más ordinarios artículos de consumo ("revolución de la calcetería", "revolución de los desodorantes"), sea una similar reacción lingüística ante las revoluciones comunistas del siglo XX.

[12] Éste es un tema importante de su libro *Out of Revolution* (Nueva York, 1938).

[13] Rosenstock-Huessy cita una séptima revolución, la Revolución italiana del siglo XIII, que consistió en la formación del sistema de ciudades-Estado en el norte de Italia. Véase p. 562. Yo he tratado el surgimiento de las ciudades libres como parte del aspecto secular de la Revolución papal, no sólo italiana, sino europea. Norman Cantor sólo cuenta cuatro "revoluciones mundiales": la Revolución papal, la Reforma protestante, la Revolución francesa y la Revolución rusa. No da ninguna explicación de por qué omite la Revolución inglesa y la Revolución norteamericana. Al parecer, estas dos no satisficieron su definición de una revolución mundial como "el surgimiento de una nueva ideología que rechaza los resultados de varios siglos de desarrollo organizado en el prevaleciente sistema y pide un nuevo orden de derecho en el mundo". Norman F. Cantor, *Medieval History: The Life and Death of a Civilization* (Nueva York, 1968), p. 300. Su descripción de la Revolución papal apoya el relato que se da en este libro.

[14] Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed. (Chicago, 1970). (Hay edición en español del FCE: *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, 1ª ed., México, 1971.)

[15] Véase Crane Brinton, *The Anatomy of Revolution*, ed. rev. (Nueva York, 1965), p. 16. (Hay edición en español del FCE: *Anatomía de la revolución*, trad. de Ernestina de Champourcin, 2ª ed., México, 1985.)

> Hemos de considerar las revoluciones como una especie de fiebre... Cuando se revelan todos los síntomas... ha comenzado la fiebre de la revolución. Esto no funciona regularmente, sino por avances y retrocesos, hasta llegar a una crisis, con frecuencia acompañada de delirio... el Reinado del Terror. Tras la crisis viene un periodo de convalecencia, habitualmente marcado por una recaída. Por último, la fiebre cede, y el paciente vuelve a ser él mismo, tal vez en algunos aspectos incluso mejorado por la experiencia... pero desde luego, no convertido plenamente en un hombre nuevo.

Brinton aplica este "esquema conceptual", como él lo llama, a las revoluciones inglesa, norteamericana, francesa y rusa.

[16] Marc Bloch, *Feudal Society*, trad. de L. A. Manyon (Londres, 1961), p. 60. Véase el capítulo 2 de este estudio, nota 1, donde se cita a otros muchos distinguidos historiadores, con intención similar.

[17] Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N. J., 1970), p. 22.

[18] Norman Cohn, *The Pursuit of the Millenium*, 2ª ed. (Nueva York, 1972), p. 281.

[19] *Ibid.*, pp. 10-11 y 285-286.

[20] Norman O. Brown, *Love's Body* (Nueva York, 1968), pp. 219 y 220.

[21] *Out of Revolution.*

[22] Rosenstock-Huessy, *The Christian Future* (Nueva York, 1946), p. 70.

[23] Rudolph Sohm, *Weltliches und geistliches Recht* (Munich y Leipzig, 1914), p. 69.

[24] Véase Gerrard Winstanley, *Plataform of the Law of Freedom* (cit. en Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, p. 291): "El espíritu de toda la creación era la reforma del mundo". Véase también Thomas Case, sermón predicado en la Cámara de los Comunes en 1641:

> La reforma debe ser universal. Reformad todos los lugares, todas las personas y vocaciones, reformad las cortes de juicio, los magistrados inferiores... Reformad las universidades, reformad las ciudades, reformad los campos, reformad las escuelas elementales, reformad el sabbat, reformad las ordenanzas, el culto de Dios. Cada planta que mi padre celestial no ha plantado, también debe ser desarraigada.

Cit. en Michael Walzer, *The Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics* (Cambridge, Mass., 1965), pp. 10-11. La Reforma del siglo XVI fue concebida como una reforma de la Iglesia; un siglo después, los puritanos estaban buscando, en palabras de Milton, "la reforma de la propia reforma", lo que significa, como lo muestra Walzer (p. 12), una actividad política radical, es decir, el progreso político como meta religiosa.

[25] Véanse A. D. Lindsay, *The Modern Democratic State* (Nueva York, 1962), pp. 117-118; y David Little, *Religion, Order, and Law: A Study in Pre-Revolutionary England* (Nueva York, 1969), p. 230.

[26] Cada uno de los cuatro fue acusado de desobediencia civil. Y cada uno se defendió sobre la base de una superior ley de conciencia, así como por motivos de principios jurídicos fundamentales derivados del derecho medieval inglés (por ejemplo, la Carta Magna). Los juicios de Penn y de Hampden aparecen en *6 State Trials* 951 (1670) y *3 State Trials* 1 (1627) (el Caso de los Cinco Caballeros). Un resumen del juicio de Udall, junto con información anterior, puede encontrarse en Daniel Neal, *The History of the Puritans* (Newburyport, Mass., 1816), pp. 492-501. El juicio de Lilburne aparece en Joseph Frank, *The Levellers: A History of the Writings of Three Seventeenth Century Social Democrats: John Lilburne, Richard Overton, and William Walwyn* (Cambridge, 1965), pp. 16-18.

[27] La teoría del contrato social por lo general se remite a filósofos del siglo XVII, como John Locke y Thomas Hobbes. Pero un siglo antes, Calvino había pedido a todo el pueblo de Ginebra que aceptara la confesión de fe y que jurara obedecer los Diez Mandamientos, así como profesara lealtad a la ciudad. La gente fue llevada en grupos, por la policía, para participar en el contrato. Véase J. T. McNeill, *The History and Character of Calvinism* (Nueva York, 1957), p. 142. Véanse también los caps. II y XII de este estudio, donde la teoría del contrato social se remite a la Revolución papal y a la formación de ciudades como comunas juramentadas.

[28] Véase Roscoe Pound, *Jurisprudence* (St. Paul, Minn., 1959), III, 8-15.
[29] El Código Moral del Constructor del Comunismo es parte del programa del Partido Comunista de la Unión Soviética, adoptado por el XXII Congreso del Partido en 1961. Se le puede encontrar en Dan N. Jacobs, (comp.), *The New Communist Manifesto and Related Documents*, 3ª ed. rev. (Nueva York, 1965), p. 35.
[30] Véase *The Laws and Liberties of Massachusetts* (Cambridge, Mass., 1929).
[31] Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus, Ohio, 1974), pp. 87-94.
[32] Roberto M. Unger, *Law in Modern Society* (Nueva York, 1976), p. 194.
[33] *Ibid.*, p. 196.
[34] Bloch, *Feudal Society* (Chicago, 1961), I, xvi.
[35] *Ibid.*, p. xvii.
[36] Christopher Hill, "A Comment", en Rodney Hilton, (comp.), *The Transition from Feudalism to Capitalism* (Londres, 1976), p. 121.

I. Antecedentes de la tradición jurídica occidental: el derecho consuetudinario de los pueblos germánicos ("folklaw")

[1] Véase H. R. Loyn, *Anglo-Saxon England and the Norman Conquest* (Nueva York, 1962), p. 292. En este capítulo, el término "feudal" se emplea en sentido general, no técnico; el análisis del derecho feudal como se desarrolló en los siglos XI y XII queda reservado a capítulos posteriores.
[2] Ernst Levy, *West Roman Vulgar Law* (Filadelfia, 1951), pp. 6-7. Véase también Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1948), p. 273.
[3] Wolfgang Kunkel, en *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History* (Oxford, 1973), p. 162, llega incluso a llamar "endebles y burdas como obra de legislación" a las *Leges Visigothorum*. Kunkel afirma que, "aun en Italia, la jurisprudencia declinó hasta el más bajo nivel concebible. Los estudiosos modernos han intentado en vano demostrar la existencia en Italia de una continuada tradición del derecho romano, de cierta categoría" *(ibid,* p. 181). Véase también P. D. King, *Law and Society in the Visigothic Kingdom* (Cambridge, 1972).
[4] Los términos, los conceptos y las reglas del derecho vulgar romano desempeñaron cierto papel, fortaleciendo la autoridad real durante el periodo carolingio. Sin embargo, los libros carolingios de derecho que se han conservado no reflejan una cultura jurídica comparable a la del derecho romano clásico, o a la que fue producida por los hechos revolucionarios ocurridos tres siglos después. Véase Rosamund McKitterick, "Some Carolingian Lawbooks and Their Functions", en *Authority and Power: Studies in Medieval Law and Government*, Brian Tierney y Peter Linehan (comps.), (Cambridge, 1980), pp. 13-28.
[5] La Ley Sálica puede encontrarse en traducción inglesa en Ernest F. Henderson (comp.), *Select Historical Documents of the Middle Ages* (Londres, 1912), pp. 176-189. Poco antes de la Ley Sálica surgió la compilación de la *Lex Visigothorum* por el rey Erico (reinó de 466 a 484), la cual sólo se ha conservado en estado fragmentario. Otras "leyes de los bárbaros" incluyen: las Leyes de Etelberto, rey de Kent, emitidas cerca del año 600; el *Edictus Rothari*, del rey lombardo Rotaris, emitidos en 643, la *Lex Ribuaria* (de los francos ripuarianos), la *Lex Alemanorum* (de los alemanes) y la *Lex Baiuvariorum* (de los bávaros), emitidas todas ellas a mediados del siglo VIII. Al fines de éste, enviados de Carlomagno registraron las leyes de frisios, turingios y sajones. Estas leyes y otras (escocesas, galesas e irlandesas, noruegas, islandesas y rusas) son analizadas en A. S. Diamond, *Primitive Law Past and Present* (Londres, 1971).
[6] Leyes de Etelberto, sec. 34-42, 50-55, 58-60, 65-66. Las Leyes de Etelberto pueden encontrarse en traducción inglesa en F. L. Attenborough, *The Laws of the Earliest English Kings* (Nueva York, 1963), pp. 4-17.
[7] Véase István Bóna, *The Dawn of the Dark Ages: The Gepids and the Lombards in the Carpathian Basin* (Budapest, 1976), pp. 80-81.
[8] Véase Diamond, *Primitive Law*, pp. 228 y 273. La relación del derecho primitivo con la llamada Ley Arcaica de los pueblos indoeuropeos se analiza al término de este capítulo.
[9] Este análisis se basa parcialmente en James R. Gordley, "Anglo-Saxon Law", ms. 1970, Harvard Law School Library. Los términos del análisis fueron tomados del derecho anglosajón que, sin embargo, son casi idénticos a los términos de los otros órdenes jurídicos germánicos de la época, y notablemente similares a los primeros órdenes jurídicos de todas las sociedades indoeuropeas.

[10] Leyes de Etelberto, secs. 8 y 15.
[11] Véase Raoul Berger, "From Hostage to Contract", en *Illinois Law Review*, 35 (1940), 154 y 281.
[12] Gordley, "Anglo-Saxon Law", p. 23.
[13] Claude Lévi-Strauss, *The Elementary Structures of Kinship* (Boston, 1969), p. 482.
[14] Peter Brown, "Society and the Supernatural: A Medieval Change", en *Daedalus*, primavera de 1975, p. 135.
[15] Cit. en George W. Rightmire, *The Law of England at the Norman Conquest* (Columbus, Ohio, 1932), p. 37.
[16] *Ibid.*, p. 36.
[17] Cit. en sir Francis Palgrave, *The Rise and Progress of the English Commonwealth* (Londres, 1832), p. cxxxv.
[18] Jakob Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* (1828; 3ª ed., 1881), introducción. Véase también J. Grimm, "Von der Poesie im Recht", en *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 2 (1816), 25-99.
[19] Rudolph Huebner, *A History of Germanic Private Law*, trad. de F. S. Philbrick (Boston, 1918), pp. 10-11.
[20] *Ibid.*, pp. 11-12.
[21] Gordley, "Anglo-Saxon Law", p. 31.
[22] "Maxims", p. 48, Cotton MSS, The British Library, Londres.
[23] *Beowulfo*, vv. 2140-2141. Véase también *The Icelandic Saga: The Story of Burnt Njal*, trad. de sir G. W. Dasent, nueva edición con introducción de G. Turville-Petre (Edimburgo, 1957), en que el espíritu de heroísmo y de venganza queda ejemplificado en dramáticos procesos ante la asamblea judicial tribal (la *ting)*. Una versión similar se encuentra en la temprana poesía germánica, el *Edda islandés*, lleno de relatos de violencia, venganza y heroísmo desesperado. Franz Borkenau sostiene que la poesía éddica está dominada por un poderoso sentido de culpa y de responsabilidad personal, en contraste con la saga de Sigfrido del posterior *Nibelungenlied*, en que suele negarse la culpa y el asesino puede ser el héroe. Borkenau encuentra un paralelo en el hincapié éddico entre el incesto y el asesinato familiar, seguido por la venganza, y el predominio (en su opinión) del incesto ("en asombrosa variedad de detalles") y del asesinato (especialmente dentro de la familia), entre los delitos que se volvieron punibles por los penitenciales monásticos de los siglos VII y VIII y en adelante. Véase Franz Borkenau, "Primal Crime and Social Paranoia in the Dark Ages", en Richard Lowenthal (comp.), *End and Beginning* (Nueva York, 1981, pp. 382-391. Los penitenciales se analizan más adelante en este mismo capítulo.
[24] Loyn, *Anglo-Saxon England*, p. 217.
[25] *Ibid.*, p. 300.
[26] Claude Lévi-Strauss, *Structural Anthropology*, trad. de C. Jacobson y B. Schoepf (Nueva York, 1963), p. 132.
[27] Véase Calvert Watkins, "Studies in Indo-European Legal Language, Institutions, and Mythology", en George Cardona, Henry M. Hoenigswald y Alfred Seen, (comps.), *Indo-European and Indo-Europeans* (Filadelfia, 1970), p. 321. Watkins ofrece varios ejemplos de complejos conceptos legales que son comunes en los pueblos indoeuropeos, incluyendo uno, la rendición noxal, en que aparece un punto lexical común *(sarcire* en latín y *sarnikzi* en hitita) ocupando la misma posición y las mismas estructuras jurídicas de dos sociedades que no tuvieron ningún contacto mutuo durante el periodo en que emplearon el mismo término lingüístico. (Se refiere a la entrega o redención de un esclavo o una cosa que ha causado daño a otro.) Watkins prueba que la coincidencia de una ecuación lingüística y una similitud institucional muestra un origen común, cuando era imposible una influencia mutua por razones cronológicas y geográficas. Su ejemplo "demuestra que la institución de la noxalidad en la sociedad indoeuropea debe ser tan antigua como la comunidad del latín y el hitita, lo que es decir, en nuestro actual estado de conocimiento, que pertenece al común periodo indoeuropeo" *(ibid.*, p. 333).

Algunos de los rasgos comunes del derecho arcaico de los pueblos indoeuropeos son compartidos por sociedades primitivas contemporáneas. Sin embargo, en general los antropólogos modernos han evitado el estudio del temprano derecho indoeuropeo, en parte por causa de sus implicaciones positivas para una teoría de la evolución social y en parte porque no se

le puede estudiar "en el campo". Diamond *(Primitive Law)* es una excepción, virtualmente el único antropólogo de nuestros días que ha intentado poner el derecho arcaico en yuxtaposición con el derecho primitivo contemporáneo. Sin embargo, no muestra la marca distintiva más importante del derecho arcaico cuando se le compara con la mayor parte del derecho primitivo contemporáneo, a saber su hincapié en el papel decisivo del tribunal, es decir, de la adjudicación formal (incluyendo litigio y juicio) en el orden jurídico.

[28] J. E. A. Jolliffe, *The Constitutional History of Medieval England*, 3ª ed. (Londres, 1954), p. 24. Véase también Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trad. de S. B. Chrimes (Oxford, 1939), p. 151: "El derecho [en la Alta Edad Media] ya es antiguo; una ley nueva es una contradicción de términos... Toda legislación y toda reforma legal se conciben como la restauración de la vieja buena ley que había sido violada".

[29] Sobre el movimiento monástico de este periodo, véase el excelente y breve trato que le da Christopher Dawson en *The Making of Europe: An Introduction to European Unity* (1932; Nueva York y Cleveland, 1956), pp. 176-186. Para un relato más detallado, véase Brendan Lehane, *The Quest of Three Abbots* (Nueva York, 1968).

[30] Un relato de los cronistas anglosajones trata del mensaje del misionero romano Paulino al rey pagano de Nortumbría y sus seguidores, a comienzos del siglo VII. Dícese que cuando Paulino acabó de hablar, una golondrina voló por el salón del banquete, y habló un viejo consejero:

> La vida del hombre es como el vuelo de una golondrina a través de un salón brillante cuando se está sentado, cenando en invierno, con el fuego encendido en el hogar, y afuera hay una tormenta de lluvia helada. La golondrina entra por una puerta y se queda por un momento, a la luz y al calor, y luego, saliendo por la otra, se desvanece en las tinieblas heladas. Así es por un momento la vida del hombre, pero no sabemos lo que es antes y después. Si esta nueva enseñanza puede decirnos algo, sigámosla.

Beda, *Historia ecclesiastica gentis Anglorum*, Charles Plummer (comp.), (Oxford, 1896), II, 13.

[31] Véase Heinrich Boehmer, *Das germanische Christentum*, en *Theologische Studien und Kritiken*, 86 (Halle, 1913), 165-280.

[32] Véase Marc Bloch, *Feudal Society*, trad. de L. A. Manyon (Londres, 1961), p. 83; R. Howard Bloch, *Medieval French Literature and the Law* (Berkeley, Calif., 1978), p. 19.

[33] Beda *el Venerable*, escribiendo 130 años después, dijo de Etelberto que "entre otros beneficios que dio a su pueblo, puso en vigor juicios con ayuda de sus consejeros, siguiendo los ejemplos de los romanos" *(decreta illi iudiciorum iuxta exempla Romanorum cum consilio sapientium constituit)*. Beda, *Historia ecclesiastica*, II, 5. Wallace-Hadrill señala que la frase *iuxta exempla Romanorum* no debe interpretarse en el sentido de que la legislación fue puesta en vigor a la manera de los romanos, sino que "antes bien, Etelberto siguió... la Ley Sálica y varios ejemplos borgoñones, góticos y lombardos, que Agustín había traído consigo de Italia". Véase J. M. Wallace-Hadrill, *Early Germanic Kingship in England and on the Continent* (Oxford, 1971), p. 37. Wallace-Hadrill añade que al menos 19 de los 90 capítulos de Etelberto tienen paralelos en la Ley Sálica, y paralelos, asimismo, con otros códigos germánicos. Escribe (p. 39): "Estos *exempla* son prueba del nexo que existía en la mente romana entre conversión y ley; así era en la Galia, en España y en Italia; y ciertamente, en Kent".

Sin embargo, dos sobresalientes historiadores ingleses de la jurisprudencia, en sus esfuerzos por negar toda influencia extranjera sobre el derecho inglés, han llegado a afirmar que las leyes de Etelberto eran "de origen enteramente pagano", y que "probablemente" fueron promulgadas antes de la introducción del cristianismo en Inglaterra, en el año 597: Henry G. Richardson y George O. Sayles, *Law and Legislation from Ethelbert to Magna Carta* (Edimburgo, 1966). Refutando esta opinión, Wallace-Hadrill indica que las leyes de Etelberto se encontraban dentro del cuerpo de una tradición jurídica que incluía leyes francas, borgoñonas y otras leyes germánicas. El papa Gregorio Magno, al enviar una misión de cuarenta hombres (además de los intérpretes) encabezada por Agustín para lograr la conversión de Etelberto, escribió al rey inglés que, al convertirse a la verdadera fe, sería bendito por Dios, como había sido bendito el emperador Constantino. Escribe Wallace-Hadrill (p. 29) que con ello el Papa

> quería dar a entender que el nuevo converso estaba ingresando en la familia de reyes católicos cuyo padre era el emperador [en Constantinopla]. La correspondencia papal e imperial de la época no deja ninguna duda al respecto... Políticamente, esto puede significar poco o nada. Pero una consecuencia segura sería que el nuevo converso ingresara en la tradición de la ley escrita cuya fuente fue el emperador. Ésta es una razón de que las leyes de Etelberto deban datarse después de su conversión. Los libros de derecho fueron un regalo romano, específicamente romano cristiano, a los reyes germánicos.

Véase también A. W. B. Simpson, "The Laws of Ethelbert", en M. S. Arnold, T. A. Green, S. A. Scully y S. D. White, *On Laws and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne* (Chapel Hill, N. C., 1981), pp. 3-17.

[34] Véase George Vernadsky, *Medieval Russian Laws* (Nueva York, 1947).

[35] Alfredo también incluyó entre sus leyes la regla de oro, no hagas a otros lo que no quieras que ellos te hagan a ti, con esta adición: "A partir de este *doom*, un hombre puede recordar que juzgó a todos con justicia; no necesitará ningún otro libro de *doom*". Las leyes de Alfredo pueden encontrarse en Attenborough, *Laws*, pp. 62-93.

[36] Véase Dawson, *Making of Europe*, pp. 190-201. En tiempos de Carlomagno, el Estado franco

> era, en grado aún mayor que el Imperio bizantino, un *Estado-Iglesia*... El rey era el gobernador de la Iglesia así como del Estado, y su legislación establecía las reglas más estrictas y minuciosas para la conducta del clero y la regulación de la doctrina y el ritual. El gobierno de todo el Imperio era en gran parte eclesiástico, pues el obispo compartía en partes iguales con la corte la administración local de los 300 condados en que estaba dividido el Imperio, en tanto que el gobierno central estaba sobre todo en manos de los eclesiásticos de la cancillería y de la capilla real... El control y la supervisión de la administración se llevaban a cabo por la institución carolingia característica de *Missi Dominici*, que recorrió en circuito los países del Imperio, como los [posteriores] jueces ingleses de tasas, y también aquí, las misiones más importantes fueron confiadas a obispos y abades [p. 190].

Dawson cita a Alcuino, el gran consejero anglosajón de Carlomagno, quien escribió que había tres potencias supremas en el mundo: el papado de Roma, el Imperio de Constantinopla y la dignidad real de Carlomagno, y de ellas, la tercera era la suprema porque Carlomagno había sido nombrado por Cristo jefe del pueblo cristiano *(populus Christianus)*. Alcuino cambió la frase *imperium Romanorum* en la liturgia de la Iglesia por *imperium christianum*, para referirse al Imperio del propio Carlomagno, que trascendía a Roma y a los romanos.

Sobre la "monarquía sacra" de Inglaterra y el papel de Alfredo como jefe de la Iglesia, véase William A. Chaney, *The Cult of Kingship in Anglo-Saxon England* (Berkeley y Los Angeles, 1970), especialmente el cap. 6, "Sacral Kingship in Anglo-Saxon Law". Escribe Chaney que

> el concepto más fundamental de la monarquía germánica es la indisolubilidad de sus funciones religiosa y política... [El rey] no es un dios ni es omnipotente, pero sí está lleno de un poder carismático, del que depende el bienestar de su tribu. Éste es el maná del rey... [el cual] no sólo imbuye al rey, sino a toda la "raza real", todo el parentesco entre el cual lo eligió su pueblo" [pp. 13 y 15].

La monarquía sagrada pasó al periodo cristiano. No hubo división entre las esferas secular y espiritual, y el vicario de Cristo en ambas era el rey, quien

> debe legislar en cuestiones eclesiásticas así como seculares; es decir, sobre la totalidad del bienestar de su reino bajo Dios y el rey [p. 192]. El rey aún era la cabeza del pueblo bajo auspicios divinos, y una separación de la función religiosa y la real era tan impensable como en tiempos del paganismo... Se esperaba que el gobernante desempeñara un papel teológico y escatológico para su pueblo [p. 247].

[37] VIII Aethelred 2, en Agnes J. Robertson (comp.), *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I* (Cambridge, 1925), p. 119.

[38] *Ibid.*, p. 43.

[39] Rudolph Sohm, "Fränkisches Recht und römisches Recht", en *ZSS (rom)*, 1 (1880), 1.

[40] Véase Ernst Levy, "Reflections on the First Reception of Roman Law in Germanic States", en *Gesammelte Schriften*, I (Colonia, 1963), 201-209; Levy, "Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages", en *ibid.*, 220-247; Levy, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property* (Filadelfia, 1951); Levy, *Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956).

[41] Véase Loyn, *Anglo-Saxon England*, p. 292:

> Es importantísima la presencia de un parentesco capaz de garantizar la buena conducta [de un hombre] y de cobrar venganza si fuese perjudicado o muerto... Si un hombre estaba en prisión sus parientes lo alimentaban. Si era capturado por sus enemigos tras entrar

en un santuario, después de un sitio a su propia casa, o después de haberse rendido pacíficamente en campo abierto, sus parientes eran informados en treinta días. Si era sorprendido robando o era acusado de brujería o de incendio, sus parientes podían fiar por él. Si los parientes se negaban a hacerlo, él sería condenado a esclavitud penal o a muerte. Si era apuñalado durante su primer año como esclavo en un penal, sus parientes recibirían su *wergeld*... En caso de muerte en edad joven, los parientes asumían la responsabilidad de mantener al heredero... Los parientes poseían, sin duda, una extensa autoridad sobre propiedad de tierras... Pero, pese a toda su importancia en estas cuestiones sociales al asegurar que un hombre se mantuviera dentro de la ley, al darle compurgadores que jurarían su inocencia o su buen nombre en un tribunal, los parientes adoptaban su aspecto más espectacular, y también más significativo, en relación con dos instituciones directamente relacionadas: el pago de *wergeld* y la consumación de la venganza. Si un hombre era muerto con violencia, entonces sus parientes tenían el derecho de cobrar venganza en los parientes del asesino. Y tal venganza podía arreglarse. Se podía comprar la lanza; y el *wergeld* era la suma pagadera por parientes a parientes en este arreglo. Era el precio de la sangre.

Loyn está describiendo el derecho anglosajón, pero su descripción también es aplicable a la ley franca y a las leyes de todos los pueblos de Europa entre los siglos V o VI y X u XI.

42 Escribe Kern *(Kingship and Law,* p. 179) que el derecho consuetudinario

tranquilamente pasa por encima de leyes caducas que caen en el olvido y allí mueren, pero la ley misma se mantiene joven, siempre en la creencia de que es vieja. Y, sin embargo, no es vieja; antes bien, es un perpetuo entronque del derecho nuevo en el viejo, una corriente fresca de derecho contemporáneo que brota de los pozos creadores del subconsciente, en su mayor parte no canalizado por los límites fijos de las leyes y cartas registradas... El derecho consuetudinario se asemeja al bosque primigenio que, aunque nunca podado y casi nunca mudado en sus contornos, constantemente rejuvenece, y dentro de cien años será otro bosque, por completo, aunque en apariencia siga siendo el mismo 'viejo' bosque, en que el lento crecimiento de una parte va acompañado por una decadencia no observada en otra.

43 Hay un cuerpo de literatura relativamente pequeño pero valioso en Inglaterra sobre los penitenciales, incluyendo John T. McNeill y Helena M. Gamer, *Medieval Handbooks of Penance: A Translation of the Principal Libri Poenitentiales and Selections from Related Documents* (Nueva York, 1938); Thomas P. Oakley, *English Penitential Discipline and Anglo-Saxon Law in Their Joint Influence* (Nueva York, 1923); John T. McNeill, *The Celtic Penitentials and Their Influence on Continental Christianity* (París, 1923); y varios artículos de McNeill, citados en la introducción de *Medieval Handbooks*. El papel de los penitenciales en el movimiento monástico de los siglos VI a X ha sido vívidamente presentado en Lehane, *Quest of Three Abbots*.

44 Véase Bernhard Poschmann, *Penance and the Anointing of the Sick*, trad. de Francis Courtney, S. J. (Nueva York, 1964), p. 104.

45 *Ibid.*, p. 64. Véase el Penitencial de Cummean *(ca.* 650), en McNeill y Gamer, *Medieval Handbooks*, p. 98.

46 Bonifacio, el monje anglosajón que desempeñó un papel principal en la conversión de lo que hoy es Alemania, se opuso a la insistencia céltica en la penitencia privada. Una capitular de Carlomagno del año 813 contenía la demanda de "pecado abierto, confesión abierta", y en 847 el Concilio de Maguncia determinó que habría penitencia pública por delitos; pero McNeill, en *Celtic Penitentials*, p. 173, indica que estas cláusulas no fueron regularmente aplicadas. Sin embargo, siguió practicándose la penitencia pública, al menos la totalmente voluntaria. De este modo, un penitencial franco del siglo X declara: "Al principio de la Cuaresma, todos los penitentes que han emprendido o estén emprendiendo penitencia pública deberán presentarse al obispo de la ciudad, ante las puertas de la iglesia, vestidos de arpillera, descalzos, y con el rostro mirando a tierra": Disciplina eclesiástica de Regino, Canon 295, en McNeill y Gamer, *Medieval Handbooks*, p. 315.

47 Véase Oakley, *Penitential Discipline*, p. 169. En casos de homicidio, además de los tipos habituales de penitencia se exigía al delincuente que satisficiera a los amigos del asesinado (esto probablemente se refiere a *wergeld)* y prestara servicio a su padre y a su madre.

48 *Cfr.* McNeill, *Celtic Penitentials,* p. 185. Las primeras fórmulas estaban en subjuntivo: *Ipse te absolvat* o *Absolvat te sanctus Petrus et beatus Michael archangelus*. En la primera parte del siglo XIII era común emplear la fórmula declaratoria *Ego absolvo te auctoritate domini Dei nostri Jesu Christi et beati Petri Apostoli et officii nostri.*

49 Véase McNeill y Gamer, *Medieval Handbooks*, p. 323. La fórmula "medicina para las almas" se remonta a tiempos anteriores. De este modo, el Penitencial de Cummea se abre con las palabras: "Aquí comienza el Prólogo de la medicina de almas" *(ibid.*, p. 99).

50 Ésta fue la fórmula de Alejandro de Tralles (525-605), la más grande autoridad médica del periodo. *Ibid.*, p. 44.

51 Penitencial de Columbano *(ca.* 600), A. 12, *ibid.*, p. 251.

52 *Ibid.*, p. 223.

53 Robert C. Mortimer, *Western Canon Law* (Londres, 1953), p. 28.

54 VI Aethelred 50, en Robertson, *Laws of the Kings*, p. 104.

55 Véase Dawson, *Making of Europe*, p. 190.

56 *Leges Henrici Primi,* comp. y trad. de L. Downer (Oxford, 1972), pp. 81, 101, 143, 173, 177 y 271.

57 Cit. en Doris M. Stenton, *English Justice between the Norman Conquest and the Great Charter, 1066-1215* (Filadelfia, 1964), p. 7.

58 *Ibid.*, p. 8.

59 Stephen D. White, "'Pactum... legem vincit et amor judicium', The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century Western France", en *American Journal of Legal History,* 22 (1978), 301-302.

60 Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa* (Oxford, 1955), pp. 1 y 5.

61 Wallace-Hadrill, *Early German Kingship*, p. 151.

62 Kern, *Kingship and Law*, p. 180. Kern habla del derecho "medieval", pero claramente se está refiriendo al derecho consuetudinario de la Alta Edad Media, es decir, el periodo anterior a finales del siglo XI.

63 Esto es narrado por Robert E. Ornstein, *The Psychology of Consciousness.*

64 Sobre lo intuitivo (que incluye lo místico y lo poético) y lo analítico como dos aspectos complementarios de la conciencia, y su relación con los dos hemisferios del cerebro y las dos partes del cuerpo, véase Ornstein, *Psychology of Consciousness*. Véase también Jerome Bruner, *On Knowing: Essays for the Left Hand* (Cambridge, Mass., 1962), pp. 2-5. Bruner relaciona el simbolismo de la mano derecha con la acción, la ley y la ciencia, y el simbolismo de la mano izquierda con el sentimiento y la intuición y el corazón. Nota la conexión entre la palabra que designa el derecho en francés —*droit*— y la palabra para la dirección, "derecha" (lo mismo puede decirse de la palabra alemana *Recht*, la palabra rusa *pravo* y la palabra inglesa *right,* que en un tiempo significaron la ley en el sentido más general, como en la antigua expresión "Derecho común", y que aún significa un derecho legalmente protegido, como en "derecho de propiedad", o "derecho de contrato"). Bruner sostiene, sin embargo, que el conocimiento científico —y probablemente también el del derecho— no puede alcanzarse sólo con la mano derecha. Escribe en su introducción:

Desde la niñez me ha encantado el hecho y el simbolismo de la mano derecha y la izquierda: una es la que hace, la otra es la que sueña. La derecha es orden y derecho, *le droit*, sus bellezas son las de la geometría y de la implicación tensa. Lograr el conocimiento con la mano derecha es ciencia. Y, sin embargo, decir sólo eso de la ciencia es pasar por alto una de sus emociones, pues las grandes hipótesis de la ciencia son dones llevados en la izquierda.

65 Véase Paul Bohannan, *Justice and Judgment among the Tiv* (Londres, 1957).

66 Diamond, *Primitive Law*, pp. 61, 195, 317 n. 10 y 320.

67 Véase Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (Boston, s. f.), p. 15.

68 Diamond, *Primitive Law*, pp. 47-48. Diamond también critica a Maine por afirmar que los primeros códigos "fueron simples colecciones de las costumbres existentes" (p. 45) y que en general "la ley se deriva de prexistentes reglas de conducta que al mismo tiempo son de naturaleza jurídica, moral y religiosa" (p. vii). De hecho, Diamond considera que la última frase está tan desacreditada que criticarla casi es "innecesario en esos días" *(ibid.).* Pero Maine fue casi siempre mucho más cuidadoso en sus declaraciones de lo que reconocen sus críticos. En primer lugar, no estaba hablando de códigos germánicos, sino de los antiguos códigos romano, griego e hindú (las Doce Tablas, el Código Ático de Solón, las Leyes de Manú). En segundo lugar, la proposición de que históricamente la "ley" (aquí, Maine no dice los "códigos") se "deriva de" prexistentes reglas de conducta es evidente, a menos que debamos suponer que las primeras reglas jurídicas brotaron ya completas de la cabeza de algún legislador. Lo que Diamond considera absurdo es que esas prexistentes leyes de conducta

fueran de naturaleza moral y religiosa así como jurídica; sin embargo, su argumento se basa en una confusión de "moral y religioso" con "sacerdotal" o "eclesiástico". Las opiniones de Maine y de Diamond vuelven a examinarse en las notas 69 y 70.

[69] Dennis Lloyd, *The Idea of Law* (Londres, 1970), p. 235. Escribe Lloyd (p. 232):

> En un tiempo, la opinión comúnmente sostenida decía que en la sociedad antigua era imposible diferenciar entre las normas jurídicas, morales y religiosas, pues estaban entrelazadas en una sola textura... Sin embargo, el hecho de que observancias consuetudinarias puedan basarse en las creencias religiosas de la comunidad y obtener de ellas buena parte de su condición obligatoria no significa, como lo supusieron anteriores escritores, como sir Henry Maine, que no es posible distinguir entre las reglas religiosas y las seculares en una sociedad primitiva... Las reglas que constituyen tabúes religiosos de la comunidad, cuya violación hará caer sobre el delincuente un castigo directo a manos de potencias sobrenaturales, a menudo se distinguen de las reglas que determinan la organización social y económica de la comunidad, y cuya aplicación está en las manos de alguna autoridad secular —la propia tribu o clan, el jefe o el grupo de ancianos— o bien del pariente más próximo de la persona dañada.

La referencia a Maine es inoportuna, porque Maine nunca escribió que no fuera posible en las sociedades antiguas distinguir los tabúes religiosos aplicables por sanciones sobrenaturales de las reglas de la organización social y económica, aplicables por la tribu o por los parientes. Lo que escribió fue que las reglas "seculares" (como las llaman Lloyd, Diamond y otros) se basaban —como lo reconoce Lloyd— en las creencias religiosas de la comunidad y de ellas obtenían mucho de su cualidad obligatoria; en realidad, se basaban tanto en ellas, que las reglas y creencias estaban, según la excelente frase de Lloyd, "entrelazadas en una sola textura".

La diferencia entre Diamond y Maine, y en menor grado entre Lloyd y Maine, se debe menos a una diferencia de identificación de los hechos sobresalientes que a una diferencia en el concepto de la naturaleza y el propósito de la ley. Diamond y Lloyd consideran que lo característico de la ley es la imposición, por funcionarios del gobierno, de sanciones por violación a las reglas. Así escribe Lloyd (p. 235):

> En términos generales... el contraste vital entre la costumbre primitiva y la ley desarrollada no es que la primera carezca de los rasgos sustantivos de la ley, o que no sea apoyada por sanciones, sino simplemente que hay una ausencia de gobierno centralizado... No hay órganos centralizados para crear leyes ni para aplicarlas.

La definición de ley de Diamond que aparece en el texto también es esencialmente positivista: la ley consiste de unas reglas anotadas y aplicadas por el Estado. En cambio, Maine considera que el rasgo esencial de la ley es la existencia de un grupo de hombres —en realidad, de jueces— que tienen "posesión exclusiva de los principios por los cuales se zanjan las disputas" (*Ancient Law*, p. 11). Maine fue el primero en mostrar que una definición positivista del derecho no toma en consideración gran parte del derecho primitivo; y que, por lo contrario, una definición que abarque todas las costumbres, cualesquiera que fuesen su fuente y su naturaleza, casi no deja nada fuera de consideración. De este modo Maine, quien en realidad escribió poco acerca del derecho consuetudinario germánico, probablemente no habría encontrado su origen, ante todo, en los antiguos códigos, como Diamond, sino en las decisiones, los *dooms*, los *folkmoots*, que el código refleja y guía. Las reglas de los códigos germánicos, probablemente habría dicho Maine, se "derivaban de" reglas prexistentes de conducta que eran al mismo tiempo de naturaleza jurídica, moral y religiosa. Lo que convirtió a los códigos en "ley" fue el hecho de que consistían en juicios y *dooms* que reflejaban y guiaban el conocimiento de los encargados de declarar y de aplicar la costumbre en casos conflictivos. Sin embargo, mostrando que los *dooms* francos y anglosajones eran parte integral de un sistema religioso —el sistema de *wyrd* y de *lof*, y de ordalías y de compurgación— creo haber demostrado no sólo que "se derivaban de" reglas prexistentes de conducta que eran al mismo tiempo de carácter jurídico, moral y religioso, sino que en realidad ellos mismos estaban "entrelazados" con creencias morales y religiosas "en una sola textura".

Por causa de su definición del derecho, Diamond se ve llevado a tratar los códigos germánicos como si ellos mismos fueran "la" ley, y no como parte de un orden jurídico (y en realidad, moral y religioso) más vasto. Llega hasta argüir que lo que no estaba en los códigos no habría sido importante en la ley, refiriéndose particularmente al hecho de que los primeros códigos contenían poco sobre procedimientos. Declara así (p. 61) que

> para el bárbaro de la época, las reglas de la ley y no el procedimiento eran la esencia del asunto, sencilla verdad que podría parecer evidente, de no ser por una difundida idea del derecho primitivo que célebres frases de Maine han ayudado a difundir, a saber, que para el hombre primitivo [en palabras de Maine] una regla de procedimiento tiene mayor importancia que una regla de sustancia, de modo que la ley sustantiva tiene al principio el aspecto de haber sido gradualmente secretada por los intersticios del procedimiento.

La única base para decir que esto "es evidente" es que hay poco acerca de procedimientos en los códigos. Sin embargo, es totalmente infundada la suposición de que los códigos pretendían hacer frente a todos los aspectos importantes de la ley. Básicamente pretendían tratar todos los aspectos de la ley que requerían una declaración de reglas sustantivas. La abrumadora mayoría de las cláusulas de los códigos tratan de homicidio, heridas, delito sexual (violación, adulterio y seducción) y robo. Muchas cosas, además de los procedimientos, fueron totalmente omitidas o apenas tocadas. Por ejemplo, en algunos códigos no aparece la traición. Las relaciones feudales generalmente se omitían. La ley territorial apenas se menciona. Lo cierto es que la formulación de reglas sustantivas que declarasen la cantidad precisa de dinero que debía pagarse por varias formas de daño era parte importante del procedimiento de negociar el arreglo de conflictos entre clanes y familias. Puede decirse así, con Maine, que la ley de los códigos en realidad "tiene el aspecto de haber sido secretada por los intersticios del procedimiento".

[70] Diamond, *Primitive Law*, *passim*, 326 y otras, afirma que la ley y la religión tienen dos puntos de contacto en las sociedades primitivas: primero, ciertos daños pueden ser tan graves que resulten a la vez violaciones de la ley y violaciones de las normas religiosas, y segundo, las sanciones religiosas o la fe en la magia pueden aparecer en los procedimientos legales, para buscar la verdad por la aplicación de una ordalía o de algún otro modo de adivinación. De otro modo, dice, el derecho se vuelve totalmente secular, no afectado por la religión. Estas conclusiones se siguen, desde luego, de su definición del derecho (véanse notas 68 y 69).

[71] Véase Fung Yu-Lan, *A History of Chinese Philosophy*, trad. de Derk Bodde, 2 vols. (Princeton, N. J., 1953). Decíase que el cielo, es decir, el universo natural, tenía interacción con los asuntos humanos; el cielo determina al virtuoso y castiga al malvado *(ibid.*, II, 500-508). Un buen resumen de los significados de *fa* y *li* puede encontrarse en Derk Bodde y Clarence Morris, "Basic Concepts of Chinese Law", en James T. C. Liu y Wei-ming Tu (comps.), *Traditional China* (Englewood Cliffs, N. J., 1970), pp. 92-108. El *li* celestial, arraigado en el sentimiento humano innato, prescribe los modos de conducta para las principales relaciones humanas de padre e hijo, soberano y súbdito, marido y mujer, hermano mayor y hermano menor, amigo y amigo, mientras que *fa* (ley) borra las relaciones imponiendo una uniformidad forzosa. El *li,* creado por los sabios de la antigüedad en armonía con la naturaleza humana y con el orden cósmico, tiene validez universal, mientras que el *fa* no es sino la creación *ad hoc* de hombres modernos. Los ritos y las ceremonias del *li* dan poesía y belleza a la vida, mientras que *fa* es mecanicista y carente de contenido emocional. Estoy en deuda con Y. C. Liu por la comprensión de estas ideas.

II. El origen de la tradición jurídica occidental en la Revolución papal

[1] El concepto de la Revolución papal como ruptura fundamental de la continuidad histórica de la Iglesia, y como la primera de las grandes revoluciones de la historia occidental fue inicialmente planteado por Eugen Rosenstock-Huessy en *Die europäischen Revolutionen* (1931; 3ª ed. rev., Stuttgart, 1960) y en *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (Nueva York, 1938). Véase también su *Driving Power of Western Civilization: The Christian Revolution of the Middle Ages*, prefacio de Karl W. Deutsch (Boston, 1949). Entre los historiadores de la Iglesia, véase además Gerd Tellenbach, *Libertas: Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites* (Stuttgart, 1936), trad. con introducción de R. F. Bennett: *Church, State, and Christian Society at the Time of the Investiture Contest* (Londres, 1959) (reimp. de Harper Torchbook, Nueva York, 1970). Dice Tellenbach (p. 111) que el movimiento por liberar a la Iglesia del dominio real y de otros dominios laicos, que data de 1058, constituyó "una gran revolución en la historia occidental", y que el papa Gregorio VII

sobresale como el punto de cambio más grande —desde el punto de vista espiritual, tal vez el único— en la historia de la cristiandad católica... Era un revolucionario de corazón; la reforma en el sentido ordinario del término... no podía satisfacerlo [p. 164].

En David Knowles y Dmitri Obolensky, *The Christian Centuries*, vol. 2, *The Middle Ages* (Nueva York, 1968), se afirma que en el curso de la Reforma gregoriana,

surgió en Occidente, por vez primera, una clase organizada, el clero o gran número de clérigos, bien unidos bajo los obispos que a su vez estaban directamente unidos al obispo de Roma, con un derecho y un interés que los separaba de los laicos, quienes habían de ocupar un lugar inferior [p. 169]. En términos generales, puede decirse que fue la Reforma gregoriana la que por fin separó a los clérigos de los laicos como dos divisiones dentro de la Iglesia. Esta separación fue cada vez más señalada y en poco tiempo "la Iglesia" y "el clérigo" llegaron a representar al clero, en oposición a los laicos [p. 270].

Hasta un creyente tan convencido de la continuidad ininterrumpida de la historia católica como Walter Ullmann —para quien Gregorio VII estaba intentando "la conversión de principios abstractos en acciones concretas de gobierno"—, caracterizó la Reforma gregoriana como "la primera aplicación concreta de estos principios". Walter Ullmann, *The Growth of Papal Government* (Londres, 1955), p. 262. Ullmann escribió que el papado en la segunda parte del siglo XI no era "un simple papado reformista": no "restringió sus objetivos a la supresión de ciertos males y abusos". "Lo que intentó el papado fue la aplicación de los lemas hierocráticos..." En otras palabras, no sólo le interesaban "simples reformas", sino la revolución.

En su estudio ya clásico *Western Society and the Church in the Middle Ages* (Harmondsworth, 1970), R. W. Southern afirma (p. 34) que sesenta o setenta años después de 1050, la situación de las condiciones económicas, los ideales religiosos, las formas de gobierno y los procesos rituales de Europa occidental "habían cambiado casi en cada aspecto".

El gobernante secular había caído de su posición de esplendor cuasi sacerdotal. El papa había adquirido un nuevo poder de intervención y dirección de los asuntos tanto espirituales como seculares. La Regla Benedictina había perdido su monopolio en la vida religiosa, se había dado un impulso enteramente nuevo al derecho y a la teología, y se habían dado varios pasos importantes hacia la comprensión y hasta el dominio del mundo físico. La expansión de Europa había empezado en serio. El que todo ello ocurriera en tan breve tiempo es el hecho más notable de la historia medieval.

Un revelador ensayo de Yves Congar dice que "la reforma comenzada por San León IX (1049-1054) y continuada con tal vigor por San Gregorio VII representa un giro decisivo desde el punto de vista de la doctrina eclesiástica en general, y del concepto de autoridad en particular". Congar señala que la búsqueda de textos jurídicos para apoyar la posición de Gregorio marcó el comienzo de la ciencia del derecho canónico, y que la mística del programa de Gregorio se encontró en su conversión de la justicia absoluta o derecho divino en un nuevo sistema de derecho eclesiástico, en cuyo meollo se encontraba la autoridad legal del papa. "Se está obedeciendo a Dios cuando se obedece a su representante", escribe Congar. Desde el siglo XI, afirma, la autoridad eclesiástica y especialmente la autoridad suprema del papa fue puesta en términos jurídicos. Fue entonces, por ejemplo, cuando por primera vez se empleó el término "curia papal" para referirse a la casa papal como tribunal de derecho con autoridad para revisar automáticamente los juicios pronunciados en todas las cortes obispales. Yves Congar, "The Historical Development of Authority in the Church: Points for Christian Reflection", en John M. Todd (comp.), *Problems of Authority: An Anglo-French Symposium* (Londres y Baltimore, 1962), pp. 139-140.

Marc Bloch, el gran historiador francés de la sociedad y la economía, escribe:

La Reforma gregoriana fue un movimiento extraordinariamente poderoso en el que puede fecharse, sin exageración, la formación definitiva del cristianismo latino; y no es simple coincidencia que tal fuera el momento mismo de la separación final entre las Iglesias de Oriente y de Occidente. Por muy variadas que fueran las manifestaciones de este espíritu —un espíritu más revolucionario de lo que comprendieron sus contemporáneos—, su esencia puede resumirse en pocas palabras: en un mundo en que hasta entonces lo sagrado y lo profano habían estado casi inextricablemente unidos, la Reforma gregoriana proclamó a la vez el carácter único y la importancia suprema de la misión espiritual confiada a la Iglesia; se esforzó por colocar al sacerdote aparte y por encima del creyente ordinario.

Marc Bloch, *Feudal Society*, trad. de L. A. Manyon (Londres, 1961), p. 107. Bloch también sugirió en varios puntos que el espíritu revolucionario dentro de la Iglesia estuvo conectado a una importante transformación socioeconómica que ocurrió al mismo tiempo, separando lo que él llama "la primera edad feudal" de "la segunda edad feudal". "Una serie de cambios muy profundos y muy difundidos ocurrió hacia mediados del siglo XI", escribe (p. 60), que "afectó todas las capas de la actividad social". Además de los cambios espirituales y socioeconómicos, Bloch señala (p. 107) por entonces "un inmenso desarrollo cultural" y un nuevo modo de pensar en la sociedad. Aquí subraya la importancia del resurgimiento de la jurisprudencia en la última parte del siglo XI, el cual "condujo al reconocimiento de que las realidades de la vida social eran algo que se podía describir metódicamente y elaborar conscientemente". La nueva educación jurídica "inculcó el hábito del argumento razonado, cualquiera que fuese el tema en discusión". Como resultado, a finales del siglo XII "los hombres de acción tenían a su disposición un instrumento de análisis mental más eficiente del que habían tenido sus predecesores".

Durante el reciente movimiento de reforma iniciado por el papa Juan XXIII, un creciente número de católicos partidarios del cambio radical empezaron a referirse al papa Gregorio VII como al iniciador de una nueva era en la historia de la Iglesia, que veían acercarse a su fin. Véase Hans Küng, *The Church* (Nueva York, 1967), p. 384.

Entre los historiadores seculares, la importancia de la Revolución papal ha sido en parte iluminada, y en parte oscurecida, por el redescubrimiento del "siglo XII" como periodo formativo de las instituciones, el pensamiento, el arte, etc. occidentales modernos. La literatura de lengua inglesa se remonta al *Renaissance of the Twelfth Century* de C. H. Haskins (Cambridge, Mass., 1927). Véanse también Marshall Clagett, Gaines Post y Robert Reynolds, *Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society* (Madison, Wis., 1961); Colin Morris, *The Discovery of the Individual, 1050-1200* (Nueva York, 1972); Sidney R. Packard, *Twelfth-Century Europe: An Interpretive Essay* (Amherst, Mass., 1973); y Norman F. Cantor, *Medieval History: The Life and Death of a Civilization* (Nueva York, 1963). El autor de esta última obra habla de la Reforma gregoriana como "la primera de las grandes revoluciones mundiales de la historia occidental", que él coloca en la misma serie que la Reforma, la Revolución francesa y la Revolución rusa. Esto identifica, correctamente, el periodo de cambio fundamental entre 1050 y 1150, y no entre 1100 y 1200.

Como ha escrito Marc Bloch,

La aparición de los grandes poemas épicos en la Francia del siglo XI puede considerarse como una de las señales que anunciaron el inmenso desarrollo cultural de la siguiente edad. "El renacimiento del siglo XII" es la frase frecuentemente empleada para describir este movimiento; y con los necesarios matices que tiene que sugerir la palabra "renacimiento", literalmente interpretada, sugiere un simple resurgimiento y no un nuevo avance, la fórmula es válida, siempre que no se la interprete en un sentido cronológico demasiado exacto. Pues aunque el movimiento sólo alcanzó su pleno desarrollo en el curso del siglo XII, sus primeras manifestaciones, como las de los cambios demográficos y económicos que la acompañaron, datan de las dos o tres décadas inmediatamente anteriores al año 1100.

Bloch, *Feudal Society*, p. 103.

Joseph R. Strayer atribuye a Gregorio VII y a los avances de finales del siglo XI y del XII asociados a su nombre el origen de la idea del moderno Estado secular. Véase su *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N. J., 1970), p. 22. Éste es uno de los principales temas de mi libro.

Los cambios revolucionarios de la estructura constitucional y jurídica de las entidades europeas en el periodo que siguió a la Lucha de las Investiduras se abordan en detalle en el importante libro de Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters: Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalters*, 4ª ed. (Weimar, 1953), trad. al inglés de H. F. Orton: *The State in the Middle Ages: A Comparative Constitutional History of Feudal Europe* (Amsterdam, 1975). Mitteis no vacila en hablar de una "revolución constitucional" durante este periodo, y de una "revolución del pensamiento político", así como de "cambios revolucionarios" en el derecho. Un campo muy parecido cubre el importante libro de Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages* (Londres, 1975), aunque Ullmann no establece una división tan marcada entre los periodos anterior y posterior a la Querella de las Investiduras.

Véase también Peter Brown, "Society and the Supernatural: A Medieval Change", en *Daedalus*, primavera de 1975, p. 133, donde se ofrece un catálogo de cambios fundamentales que podría servir como índice del presente capítulo. Escribe Brown (pp. 133-134) sobre

el súbito surgimiento de una nueva relación entre clérigos y laicos en la época de la Querella de las Investiduras (lucha relacionada con el nombre de un gran papa, Gregorio VII [1073-1085], pero en realidad un proceso tan difundido e ineluctable como un cambio de la marea en la sociedad occidental). En el curso del siglo XI surge la clase de los caballeros feudales como grupo aparte, mientras que en el siglo XII los hechos de la vida urbana y un profesionalismo mercantil de estilo nuevo habían llegado para quedarse... Encontramos nuevas desviaciones en las formas de ley y de organización: el surgimiento de códigos escritos, después de siglos de derecho consuetudinario oral, la recepción del derecho romano en las escuelas de Bolonia, y la codificación y el derecho canónico y la teología de la Iglesia cristiana (en el *Decretum* de Graciano, *ca.* 1140, y las Sentencias de Pedro Lombardo, *ca.* 1150)... Innumerables empresas nuevas en la administración y la constante experimentación con nuevas formas de organización social cubren la faz de Europa del siglo XII. Por último... encontramos que se experimenta con ciertas formas de autoexpresión.

Pese a toda esta enorme autoridad, la idea convencional que subsiste es la de escepticismo con respecto a toda ruptura fundamental en la continuidad histórica de Europa durante la llamada Edad Media. Escribe Sidney R. Packard: "Aunque una comparación entre los gobiernos europeos en 1100 y en 1200 revelaría muchas e importantes diferencias, los intentos de algunos escritores por conjurar otra 'revolución' más en esta área parecen basados en las más tenues evidencias". Packard, *Twelfth-Century Europe*, p. 321. Tal vez incluso esa fe en la perpetua gradualidad del cambio pudiera ser trastornada por la muy sólida evidencia, presentada aquí, del surgimiento de nuevos sistemas jurídicos por toda Europa en el siglo y medio transcurrido entre 1075 y 1225.

[2] Brown, "Society and the Supernatural", p. 134.

[3] El emperador Enrique III justificó su deposición de tres papas en el año 1046 alegando que él era el vicario de Cristo. Véase Southern, *Western Society*, pp. 104-105. Después, Enrique IV escribió al papa Gregorio VII: "Os habéis atrevido a tocarme a mí... a quien, según las tradiciones de los Santos Padres, sólo Dios puede juzgar". Véase Geoffrey Barraclough, "The Investiture Contest and the German Constitution", en Schafer Williams (comp.), *The Gregorian Epoch: Reformation, Revolution, Reaction?* (Lexington, Mass., 1964), p. 63.

[4] Véase Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, p. 506. David Knowles escribe que Cluny no quedó plenamente centralizado hasta el siglo XI, y que en la práctica su organización era mucho más laxa de lo que llegaría a ser la orden cisterciense en el siglo XII. Cit. en Williams, *The Gregorian Epoch*, p. 39.

[5] Véase F. L. Ganshof, *The Imperial Coronation of Charlemagne* (Glasgow, 1971).

[6] Brian Tierney, *The Crisis of Church and State, 1050-1300, with Selected Documents* (Englewood Cliffs, N. J., 1964), pp. 13-14. En el libro de Tierney puede encontrarse material documental en apoyo de este capítulo. Véase también Brian Tierney y Sidney Painter, *Western Europe in the Middle Ages, 300-1475* (Nueva York, 1978).

[7] Tierney, *Crisis of Church and State*, p. 227.

[8] R. F. Bennett, en su introducción a Tellenbach, *Church, State*, pp. xiv-xv.

[9] Cit. por Orville Prescott, *Lords of Italy: Portraits from the Middle Ages* (Nueva York, 1972), p. 43.

[10] K. J. Leyser, "The Polemics of the Papal Revolution", en Beryl Smalley (comp.), *Trends in Medieval Political Thought* (Oxford, 1965), p. 53.

[11] Cit. *ibid.*, p. 42. Véase también Karl F. Morrison, *Tradition and Authority in the Western Church, 300-1140* (Princeton, N. J., 1969), pp. 294-295:

> León IX había presenciado violentas protestas contra sus prohibiciones de [la simonía y el nicolaísmo] en los sínodos de Roma y de Mantua. Pero los decretos de Gregorio contra la simonía provocaron una resistencia de esa índole por toda Europa... Similar reacción tuvieron sus decretos sobre el celibato clerical. En 1059, el intento de Pedro Damiano por aplicar el celibato clerical en Milán produjo un levantamiento popular, y el clero romano, encabezado por Esteban IX, consideró que la continencia de los clérigos era "vana y frívola". Cuando el obispo de Brescia leyó la prohibición de Nicolás II al matrimonio entre los clérigos, su clero lo apaleó, dejándolo a las puertas de la muerte. La misma recepción tuvieron los decretos de Gregorio. Por su defensa de la prohibición de Gregorio, un abad fue detenido en el Sínodo de París, y el clero del arzobispo de Ruán lo echó a pedradas de su Iglesia. El clero de Cambrai se encontraba en rebelión abierta. Condiciones similares prevalecieron en algunas iglesias alemanas.

[12] El texto latino del *Dictatus Papae* se encuentra en Karl Hofmann, *Der Dictatus Papae Gregors VII* (Paderborn, 1933), p. 11. El *Dictatus Papae* se encuentra en traducción al inglés en S. Z. Ehler y J. B. Morrall, *Church and State through the Centuries* (Londres, 1954), pp. 43-44, reproducido en Tierney, *Crisis of Church and State*, pp. 49-50.

[13] Véase Augustin Fliche, *La réforme Gregorienne*, II (París, 1933). 202. Hoy se supone generalmente que las 27 proposiciones eran un índice para un ulterior texto documentado, el cual, sin embargo, nunca se escribió.

[14] La carta se reproduce en Tierney, *Crisis of Church and State*, pp. 59-60.

[15] El decreto está reproducido en *The Correspondence of Pope Gregory VII: Selected Letters from the Registrum*, comp. y trad. de Ephraim Emerton (1932; ed. reimpresa, Nueva York, 1969), p. 133.

[16] Gregorio escribió a Guillermo *el Conquistador:*

> Si yo, por consiguiente, he de responder por vos el terrible día del juicio ante el Justo juez que no puede mentir, el creador de toda criatura, pensad si yo no deberé proveer muy diligentemente a vuestra salvación, y si vos, por vuestra propia seguridad, no debéis sin tardanza obedecerme, para que podáis poseer la tierra de los vivos.

Cit. en James Bryce, *The Holy Roman Empire* (Nueva York, 1886), pp. 157-158.

[17] Gabriel Le Bras, "Canon Law", en C. G. Crump y E. F. Jacob (comps.), *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), pp. 333-334.

[18] Véase E. Bernheim, "Politische Begriffe des Mittelalters im Lichte der Anschauungen Augustins", en *Deutsche Zeitschrift für Geschichte*, n. s. 1 (1896-1897), 7. (El papa como vicario de Cristo en la tierra es *debitor justiciae in omnibus qui in Christo sunt-curia totius christianitatis.)*

[19] Éste es tema importante de Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*.

[20] Southern, *Western Society*, p. 27. Southern señala *(ibid.)* que "los sistemas griego e islámico eran inmensamente más ricos, más poderosos e intelectualmente más refinados que los de Europa occidental. El Occidente era el pariente pobre de Bizancio".

[21] A partir de 1074, el papa Gregorio VII promovió la idea de un ejército organizado por el papado que liberara a los cristianos de Oriente de la dominación de los infieles turcos. Al lanzar la primera cruzada, el papa Urbano II consideró que estaba siguiendo el camino trazado por Gregorio. Véase Carl Erdmann, *Die Entstehung des Kreuzzugsdgedankens* (Stuttgart, 1936), pp. 149-153, 210-211, 285-286 y 308-309. (El libro de Erdmann se encuentra en traducción inglesa como *The Origin of the Idea of Crusade* [Princeton, 1977].) Uno de los objetivos de las cruzadas, además de la liberación del sepulcro de Cristo de los musulmanes, era exportar la Revolución papal a la cristiandad oriental. En algunos casos, cristianos ortodoxos de Oriente trabaron batalla con los cruzados. El papa declaró la supremacía sobre Constantinopla y todo el mundo cristiano. Sin embargo, a la postre, su meta no se alcanzaría. En 1099 los cruzados fundaron el reino de Jerusalén, subordinado al papado, pero la segunda cruzada (1147-1149) no produjo resultados; y la tercera (1189-1192), aunque logró tomar San Juan de Acre, no pudo recuperar Jerusalén, que había sido tomada por Saladino en 1187. La cuarta cruzada, lanzada en 1199, culminó en un ataque a Constantinopla en 1203 y en la deposición y el remplazo del emperador por los cruzados (ni siquiera pudieron acercarse a Jerusalén). Hubo cuatro cruzadas más en el siglo XIII, todas las cuales fueron considerables fracasos (aunque Federico II recuperó Jerusalén por breve tiempo en 1228-1229). No obstante, los cruzados sí obtuvieron importantes resultados políticos domésticos. Reflejaron y mantuvieron viva la ideología de la Revolución papal. Extendieron el comercio y contribuyeron al desarrollo de grandes ciudades comerciales italianas como Venecia, Génova y Pisa. Robustecieron el poder del papado. Y por último, ayudaron a crear una clase de aristocracia militar —los caballeros— de carácter cristiano y europeo.

[22] Southern, *Western Society*, pp. 34-35. Añade Southern:

> No hubo una sola innovación técnica sobresaliente detrás de este expansivo movimiento, sino una combinación de muchas circunstancias: creciente acumulación de capitales, aumento de población, el retorno del Mediterráneo al dominio occidental, la decadencia política de los imperios griego y musulmán: todo ello ayudó a abrir unas perspectivas cada vez más amplias al Occidente.

Más específicamente, Southern menciona la colonización de zonas desiertas, la mejora de ríos, carreteras y canales y la organización de los mercados y del crédito:

> La colonización empezó en todas las fronteras de Europa occidental, y con la colonización comenzó ahí el ya conocido proceso de agresión militar. Por primera vez en su historia, Europa occidental se convirtió en una región de excedentes de población y excedentes de productividad... Durante dos siglos después de 1100, el Occidente fue víctima de un afán de poder y de dominio que no parecía tener límites claros.

La opinión de Southern de que "no hubo una sola innovación técnica sobresaliente detrás de este expansivo movimiento" es refutada por Lynn White (véase la nota 23).

[23] Lynn White, *Medieval Technology and Social Change* (Oxford, 1961), pp. 57-69. White señala la importancia de la invención del arnés para caballo, que por primera vez hizo posible emplear su fuerza en grande escala (pp. 72-76). El uso más difundido de caballos de granja se relacionó con la introducción de la plantación en primavera y con una rotación trienal de las cosechas, que permitió aumentar considerablemente el abasto alimentario. M.-D. Chenu escribe respecto a los avances tecnológicos del siglo XII que

> la producción de la energía dio enormes pasos con el perfeccionamiento y la difusión de máquinas para aprovechar la energía acuática y producir un movimiento circular: ruedas de molino, ruedas hidráulicas, que permitían que un caballo hiciera el trabajo que antes requería 25; molinos de viento, usados en Europa por primera vez en 1105, máquinas que podían almacenar energía por medio de un sistema de pesos y de ruedas... Nuevos medios de transporte y de viaje dieron a los hombres una mayor libertad: la temprana invención del arnés de tiro para caballos o bueyes transformó la vida rural; el uso de la quilla y del timón data de 1180; y la brújula permitió hacer viajes más largos por mar... El reloj mecánico empezó a racionalizar el tiempo...

M.-D. Chenu, *Nature, Man, and Society in the Twelfth Century*, comp. y trad. de Jerome Taylor y Lester K. Little (Chicago, 1968), p. 43 (publicado por primera vez en 1957 como *La théologie au douzième siècle).*

[24] Véase el capítulo III sobre los orígenes de la ciencia jurídica occidental. Chenu, *Nature, Man, and Society*, pp. 16-17, indica que Abelardo, en los primeros decenios del siglo XII, estableció una "distinción rigurosa" entre aquellas cosas que eran atribuibles a la actividad creadora de Dios al constituir el mundo, por una parte, y por la otra, las "causas naturales", que "explican la constitución o el desarrollo de las cosas que se originan sin milagros". A las últimas las llamó *vis naturae* ("la fuerza de la naturaleza"), y *naturales causae* ("causas naturales").

[25] Véase Marc Bloch, *Feudal Society*, pp. 93 y 103. Un estudio seminal de las interconexiones entre la nueva literatura de finales del siglo XI y comienzos del XII, y el desarrollo del derecho en esa época, es el de R. Howard Bloch, *Medieval French Literature and Law* (Berkeley, 1977).

[26] Carlomagno había enmendado el Credo de Nicea, insertando las palabras "y del Hijo" *(filioque),* después de las palabras "Creo en el Espíritu Santo... que procede del Padre". Esto era ofensivo para la Iglesia de Oriente, porque representaba una nueva concepción de la Trinidad y porque era una enmienda unilateral de la declaración más importante del concilio ecuménico más importante de la historia de la Iglesia. Véase la nota 28 del capítulo IV.

[27] Peter Brown, en Smalley, *Trends*, p. 11.

[28] *Ibid.*, p. 12.

[29] *De Civitate Dei* 1. 35. 46. Véase R. A. Markus, *Saeculum: History and Society in the Theology of St. Augustine* (Cambridge, 1970), pp. 20-21: "Uno de los temas fundamentales de su reflexión sobre la historia [es] que desde la llegada de Cristo hasta el fin del mundo, toda la historia es homogénea, que no se le puede trazar como una pauta tomada de la historia sagrada". Véase también G. L. Keyes, *Christian Faith and the Interpretation of History* (Lincoln, Nebr., 1966), pp. 177-178: El cristiano "no tiene esperanzas de un estado terrenal mucho mejor, desde un punto de vista cristiano, que el que ve ante él, y mucho menos de una realización progresiva del Reino de Dios en la tierra".

[30] Cit. en Tierney, *Crisis of Church and State*, pp. 68-69 y 71.

[31] Cit. en Eugen Rosenstock-Huessy, *Soziologie,* II (Stuttgart, 1958), 663.

[32] Cit. *ibid.*, p. 662.

[33] Véase *Policraticus: The Statesman's Book of John of Salisbury*, trad. de John Dickinson (Nueva York, 1963), p. 9.

[34] K. J. Leyser, en Smalley, *Trends*, p. 60.

[35] Véase Chenu, *Nature, Man, and Society*, pp. 162-201. Dice Chenu (p. 162) que "entre las espléndidas realizaciones de la cristiandad latina del siglo XII, no fue la menor el haber despertado en los espíritus de los hombres una conciencia activa de la historia humana". Véase también R. W. Southern, "Aspects of the European Tradition of Historical Writing. 2. Hugh of St. Victor and the Idea of Historical Development", en *TRHS*, 5ª ser., 21 (1971), 159. Walter Freund subraya el uso del concepto de modernidad en los escritos de Pedro Damiano, Juan de Salisbury, Walter Map y otros autores del siglo XII. Walter Freund, *Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters* (Colonia, 1957). Atribuye esto en parte (p. 60) a la creencia de los reformadores gregorianos de finales del siglo XI en que estaban entrando en tiempos enteramente nuevos y sin precedentes.

[36] Véase Geoffrey Barraclough, *The Origins of Modern Germany* (Oxford, 1947), p. 114:

> Dando la espalda a la vieja teoría gelasiana de la cooperación armoniosa de los dos grandes poderes [espiritual y secular], el partido de Hildebrando buscó una separación de la Iglesia y el Estado que implicara un completo cambio de la posición del rey en la sociedad cristiana. No necesariamente significaba su subordinación al papa, aunque Gregorio pronto sacó esta conclusión positiva de sus propios argumentos; pero sí significó necesariamente que la posición y el carácter sacerdotales del rey fueran desafiados. Para Gregorio, el rey era un funcionario a quien se podía suplir.

En 1302, el papa Bonifacio VIII llevó aún más lejos la idea de Gregorio, declarando: "Todo el que niegue que la espada secular está en poder de Pedro no comprende las palabras del Señor". Esta idea corresponde a la doctrina de la "plenitud de poder" *(plenitudo potestatis)* del papa como vicario de Cristo en la tierra. Sin embargo, mientras que la espada espiritual estaba directamente en manos del papa, la secular actuaba por intermediación de reyes y príncipes. Southern, *Western Society*, p. 143. Véase también Tierney, *Crisis of Church and State*, pp. 183 y 188-189. Véase el capítulo VII.

[37] Sobre la transformación de la naturaleza de la autoridad episcopal como resultado de la Querella de las Investiduras, véase en general Robert L. Benson, *The Bishop-Elect: A Study in Medieval Ecclesiastical Office* (Princeton, N. J., 1968). Benson analiza gran parte del material que forma la base de este capítulo.

[38] La primera frase procede de Rosenstock, *Europäischen Revolutionen* (1931). La segunda es de Tellenbach, *Libertas: Kirche und Weltordnung* (1936). La expresión empleada por los reformadores del siglo XI era simplemente el "orden justo".

III. El origen de la ciencia jurídica occidental en las universidades europeas

[1] Véase Samuel E. Thorne (comp. y trad.), *Bracton on the Laws and Customs of England*, I (Cambridge, Mass., 1968), XXXVI. Thorne refuta convincentemente la idea de Maitland de que Bracton fue un "mal romanista".

[2] Escribe Haskins:

> Hubo otros centros de estudio jurídico antes de Bolonia, como Roma, Pavía y Ravena, hubo juristas boloñeses antes que Irnerio, sobre todo Pepo, "brillante luz de Bolonia", quien se encuentra, tal vez en 1065 y ciertamente en 1076, en la decisión del mismo caso en que reaparece por primera vez el Digesto...

Charles Haskins, *The Renaissance of the Twelfth Century* (Cambridge, Mass., 1927), p. 199. No obstante, como también lo dice Haskins, fue Irnerio quien "separó finalmente el derecho de la retórica y le dio toda su categoría en materia de estudio independiente, ya no basado en fragmentos y esbozos, sino en el texto del *Corpus Juris,* todo el cual podía emplearse ahora para explicar cada una de las partes". Esta última frase es la clave de todo este capítulo.

La mejor descripción (en inglés) de la escuela de derecho de Bolonia es la de Hastings Rashdall, *The Universities of Europe in the Middle Ages* (Oxford, 1936), I, 87-267. La obra clásica sobre el tema sigue siendo la de Friedrich Karl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2ª ed. III (Heidelberg, 1834), 137-419. Un excelente relato breve es el de David Knowles, *The Evolution of Medieval Thought* (Nueva York, 1962), pp. 153-184. Un estudio inapreciable no sólo de la enseñanza del derecho en Bolonia, sino también del trasplante del sistema boloñés a otras universidades europeas, es de Helmut Coing (comp.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I (Munich, 1973), 39-128.

[3] Odofredo, a comienzos del siglo XIII, informó que había diez mil estudiantes en Bolonia. Algunos importantes estudiosos han dudado de esta cifra, y una estimación de mil es la que da Coing, *Handbuch*, p. 81. Sin embargo, otros estudiosos importantes no han dudado de la cifra de diez mil, como P. Heinrich Denifle, *Die Entstehung der Universitäten des Mittelalter bis 1400* (Berlín, 1885), p. 138, y Albano Sorbelli, *Storia della Università di Bologna*, vol. 1, *Il Medioevo: Secc. XI-XV* (Bolonia, 1944), p. 209.

[4] Rashdall, *Universities of Europe*, pp. 159-160.

[5] En general, véase *ibid.*, pp. 50-54 y 275-278. Véase también la nota 7.

[6] *Ibid.*, pp. 159-160.

[7] La Universidad de París recibió ciertos privilegios del rey Felipe en 1200, y su primer estatuto del legado papal en 1215. Sus orígenes se remontan a Abelardo, a comienzos del siglo XII.

[8] Véase S. P. Scott (comp.), *The Civil Law*, 17 vols. (Cincinnati, Ohio, 1932). Manuscritos del Código, las Novelas y la Instituta de Justiniano se han conservado en Occidente. Pero el Digesto, que era el más importante con mucho, de los cuatro libros, ha desaparecido.

[9] D. 42.16. Con respecto al Interdicto *Vi et Armata* ("Por fuerza y por la fuerza armada"). El texto latino de la compilación de Justiniano puede encontrarse en Paul Krueger, Theodor Mommsen, Rudolf Schoell y Wilhelm Kroll (comps.), *Corpus Iuris Civilis* (Berlín, 1954-1959).

[10] John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich., 1968), pp. 114-115.

[11] *Ibid.*, pp. 116-117.

[12] Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe* (Oxford, 1929), p. 59.

[13] Odofredo, cit. en Savigny, *Geschichte*, p. 553.

[14] En su uso contemporáneo, el concepto de la dialéctica como método de síntesis de los opuestos se deriva de Hegel. Sin embargo, la tradición del pensamiento se remonta a Abelardo.

[15] Haskins, *Renaissance*, p. 53.

[16] Véase Knowles, *Evolution*, p. 162.

[17] Pedro Abelardo, *Sic et Non: A Critical Edition*, ed. de Blanche Boyer y Richard McKeon (Chicago, 1976). En el prólogo, Abelardo indica varias maneras posibles de reconciliar las contradicciones (por ejemplo, las mismas palabras pueden haberse empleado en diferentes sentidos). Pero sus seguidores, si no él mismo, reconocieron que podía ser imposible una reconciliación mecánica y que, a menudo, el significado de pasajes contradictorios sólo podía encontrarse en las interconexiones y propósitos de todo el libro de escritos bíblicos y patrísticos. Véase Martin Grabmann, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, II (Friburgo, 1911), 168-229.

[18] John Herman Randall, Jr., *Aristotle* (Nueva York, 1960), p. 33.

[19] *Ibid.*, p. 54.

[20] Aristóteles, *Topics*, 1.1. 100^a25-100^b23; $1.12.105^a10$-19, en Richard McKeon (comp.), *The Basic Works of Aristotle* (Nueva York, 1941), pp. 188 y 198.

[21] Véase Ludwig Wittgenstein, *On Certainty*, ed. de G. E. M. Anscombe y G. H. von Wright (Nueva York, 1969).

[22] Véase Wolfgang Kunkel, *An Introduction To Roman Legal and Constitutional Law*, trad. de J. M. Kelley, 2ª ed. (Oxford, 1973), pp. 98-103.

[23] Carl J. Friedrich, *Trascendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism* (Durham, Carolina del N., 1964), p. 5.

[24] Kunkel, *Introduction*, pp. 84-86 y 95-124.

[25] Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1946), pp. 57-58.

[26] Fritz Schulz, *Principles of Roman Law* (Oxford, 1936), p. 53; Peter Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edimburgo, 1966), p. 36.

[27] Schulz, *Roman Legal Science*, p. 94.

[28] *Ibid.*, p. 95.

[29] Stein, *Regulae*, p. 36.

[30] *Ibid.*, pp. 45-46.

[31] *Ibid.*, p. 37.

[32] *Ibid.*, p. 41.

[33] *Ibid.*, p. 48.

[34] *Ibid.* Véase también Dietrich Behrens, "Begriff und Definition in den Quellen", en *ZSS (rom)*, 74 (1957), 352.

[35] D. 19.1.11.1.

[36] Stein, *Regulae*, p. 118.

[37] Así, según D. 50.17.67, "Siempre que una sentencia tenga dos significados, se aceptará la mejor adaptada al caso", mientras que según D. 50.17.114, "Cuando las palabras sean ambiguas, deberá adoptarse su significación más probable y ordinaria". Según D. 50.17.125, "Se tratará con mayor favor a los acusados que a los quejosos", mientras que según D. 50.17.126, "Cuando surja una cuestión referida a las reclamaciones de dos personas, se dará preferencia a la posición del poseedor".

[38] Stein, *Regulae*, p. 70.

[39] Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª ed. (Munich, 1954), p. 74.

[40] Cit. en Schulz, *Principles*, pp. 51-52; véase Max Weber, *Economy and Society*, ed. de Guenther Roth y Claus Wittich, II (Nueva York, 1968; hay edición en español de FCE: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología descriptiva*, 2ª. ed., México, 1992), 787. Véase también Viehweg, *Topik*, pp. 46-61. Pero véase Stein, *Regulae*, pp. 74-89.

[41] Schulz, *Roman Legal Science*, pp. 43-48.

[42] *Ibid.*, p. 65.

[43] Cit. en Stein, *Regulae*, p. 157.

[44] Pedro Abelardo, *Dialectica*, ed. de L. M. de Rijk (Assen, Holanda, 1956), p. 263.

[45] Véase William y Martha Kneale, *Introduction to Logic* (Oxford, 1968). Los autores de este indispensable texto consideran que Abelardo es uno de los cuatro personajes más importantes en el desarrollo de la lógica, siendo los otros Aristóteles, Leibniz y Frege. Véanse pp. 202-203, 245, 320 y 511. Estoy en deuda con Manuel Lourenço por señalarme esta obra y por guiarme entre las dificultades de la generalización existencial.

[46] Por ejemplo, mientras que los textos de Justiniano hacían referencias, de paso, a "la naturaleza de un contrato", en sentido muy limitado, los glosadores tradujeron *natura* ("naturaleza") como sustancia, y discutieron sobre si los *naturalia* de un contrato podían ser excluidos, debidamente, por acuerdo expreso. En el siglo XIV, Baldo desarrolló una elaborada teoría que distinguía entre las *substantialia*, es decir, aquellos elementos de un contrato que le dan el "ser", y sin los cuales no puede existir (por ejemplo, en un contrato de compra y venta, la cosa vendida y el precio); las *naturalia*, es decir, esos elementos que se infieren del contrato y que pueden alterarse por términos expresos, y las *accidentalia*, es decir, esos elementos que sólo se derivan de la ordenación expresa de las partes. Véase Baldo, D. 2, 14, 7, 7. núm. 1; Gl. *Extra naturam* D. 2, 14, 7, 5. *Cfr.* Helmut Coing, "Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des Römischen Rechts", en *ZDD (rom)*, 69 (1952), 24-59. Aunque cita este pasaje de Baldo, el profesor Coing no distingue el razonamiento jurídico europeo medieval del bizantino, sino que, en cambio, sigue la influencia de Aristóteles, cual si ésta hubiese recorrido una línea recta.

Un brillante ejemplo del modo en que los glosadores utilizaban una máxima para derivar toda una variedad de tipos específicos de resultados puede encontrarse en Gerhard Otte, *Dialektik und Jurisprudenz* (Francfort, 1971), pp. 214-215.

[47] Aún hoy se discute sobre si Aristóteles fue realista o nominalista, o algo intermedio llamado a veces conceptualista. El conceptualista considera que la esencia de las cosas (los universales) existe *en* esas cosas, en lugar de existir separada de ellas (realismo) o sin ninguna existencia (nominalismo). Esta posición, bastante cercana de la de Abelardo, está implícita en la idea de que las reglas jurídicas son generalizaciones de decisiones específicas.

[48] Lo que se sabe de la vida de Graciano es narrado en Stephan Kuttner, "The Father of the Science of Canon Law", en *The Jurist*, 1 (1941), 2-19.

[49] *Decretum*, en E. Friedberg (comp.), *Corpus Iuris Canonici*, vol. 1 (1879; reproducido ed., Graz, 1959).

[50] Véase Migne, *PL* 140. 539-1058. Burcardo murió en 1025.

[51] Migne, *PL* 166. 47. Ivo vivió desde cerca de 1040 hasta cerca de 1115.

[52] Otros canonistas y teólogos, en quienes se basó para su método dialéctico, se mencionan en Stanley Chodorow, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century: The Ecclesiology of Gratian's Decretum* (Berkeley, 1972), p. 2, n. 3.

[53] Véase Stephan Kuttner, *Harmony from Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law* (Latrobe, Pa., 1960).

[54] *Decretum*, Dist. 9, c. 1.

[55] *Ibid.*, Dist. 9. dict. post c. 11.

[56] *Ibid.*, Dist. 1, c. 2.

[57] *Ibid.*, Dist. 9, c. 2.

[58] Fritz Schulz puede tener razón cuando dice que esos apotegmas de derecho clásico

romano, como "Lo que ha complacido al príncipe tiene fuerza de ley" y "El príncipe queda absuelto de las leyes", deben ser interpretados literalmente, y que sólo en el periodo posclásico llegó el emperador a quedar por encima de las leyes. Véase Schultz, "Bracton on Kingship", en *English Historical Review*, 60 (1945), 136. Sin embargo, no se ha conservado ninguna declaración de ningún jurista romano donde se afirme que el emperador estaba sujeto a las leyes (o, como ha dicho Peter Banos, tal vez ningún jurista hizo semejante declaración y sobrevivió). La posición adoptada en el texto es apoyada, más que refutada, por la cláusula del Código de Justiniano 1.14.1: "Es una declaración digna de la majestad de un príncipe reinante, profesar que está sujeto a las leyes; pues nuestra autoridad depende de la de la ley".

[59] *Decretum*, Dist. 10, c. 1 y párr. II.

[60] *Ibid.*, Dist. 11, párr. I. Un análisis de la originalidad de la exposición de las fuentes del derecho hecha por Graciano puede encontrarse en Jean Gaudemet, "La doctrine des sources du droit dans le Decret de Gratien", en *Revue de droit canonique*, 1 (1951), 6. Stanley Chodorow sin duda tiene razón al insistir en que la clave del enfoque de Graciano a la jerarquía de las leyes es que él consideraba la Iglesia como comunidad jurídica, análoga a otras comunidades jurídicas. Stanley Chodorow, *Christian Political Theory*, p. 97. Por esa razón buscó principalmente la autoridad política del autor de una ley o principio jurídico para determinar su lugar en la jerarquía.

[61] Gabriel Le Bras, "Canon Law", en C. G. Crump y E. F. Jacob (comps.), *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), pp. 325-326.

[62] *Decretum*, Dist. 9, c. 1.

[63] *Ibid.*, Dist. 37, trad. en A. O. Norton (comp.), *Readings in the History of Education* (Nueva York, 1971), pp. 60-75.

[64] Una clase diferente de síntesis, que implica la simple selección de una de dos soluciones contradictorias, es característica del método filosófico de Tomás de Aquino (fines del siglo XIII), quien a este respecto dio un paso atrás.

[65] Véase Frederick H. Russell, *The Just War in The Middle Ages* (Cambridge, 1975).

[66] Véase Hermann Kantorowicz, "The *Quaestiones Disputatae* of the Glossators", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Solidus Revue d'histoire du droit*, 16 (1939), 5.

[67] *Ibid.*, p. 23.

[68] *Ibid.*, pp. 55-56. Kantorowicz enumera lo siguiente: *titulus, rubrica, summaria, exordium, casus, causa, materia, thema, ponere, queritur, questio, controversia, disputatio, actor, argumentum, decisio, definitio, determinatio, iudicum, sententia, responsum, distinctio, divisio, problema, solutio* y otros. Pero véase Fritz Pringsheim, "Beryt und Bologna", en *Festschrift für Otto Lenel* (Leipzig, 1921), pp. 204 y 252. Kantorowicz señala que Pringsheim (quien escribió cerca de dos décadas antes) se equivocó al atribuir muchos de estos términos al derecho romano que se había desarrollado en Oriente *después* de la época de Justiniano.

[69] Kantorowicz, "The *Quaestiones Disputatae*", pp. 1-6.

[70] *Ibid.*, p. 43.

[71] *Ibid.*, pp. 5-6.

[72] Véase Schulz, "Bracton on Kingship", pp. 43-44.

[73] Un ejemplo temprano —quizás el primero— de la aplicación de los métodos de la ciencia moderna a los fenómenos naturales, antes desarrollada en el derecho, puede verse en la obra de Roberto Grosseteste (1168-1253), quien enseñó en Oxford en el primer decenio del siglo XIII y fue obispo de Lincoln desde 1235 hasta su muerte. En sus investigaciones experimentales de óptica, sonido, calor, astronomía y otros fenómenos naturales, Grosseteste se basó principalmente en la distinción aristotélica entre "el hecho" *(quia)* y "la razón del hecho" *(propter quid)*. A esto añadió el método de descomponer un fenómeno observado en sus elementos constitutivos, reconstruyendo teóricamente el fenómeno y comparando la reconstrucción teórica ("composición") con los elementos constitutivos ("resolución") para poner a prueba la validez de los principios empleados. En palabras de un escritor moderno sobre la posición de Grosseteste en la historia de la ciencia: "Graciano utilizó el mismo método lógico para reformar el derecho canónico". A. C. Crombie, "Grosseteste's Position in the History of Science", en D. A. Callus (comp.), *Robert Grosseteste, Scholar and Bishop: Essays in Commemoration of the Seventh Centenary of His Death* (Oxford, 1955), p. 100. El discípulo de Grosseteste, Roger Bacon *(c.* 1220-*c.* 1292), escribió de Grosseteste que él y otros científicos de su época "tenían conciencia de que el poder de las matemáticas es capaz de desentrañar las causas de todas las cosas, y de dar una explicación suficiente de los fenómenos humanos y divinos". Francis S. Stevenson, *Robert Grosseteste, Bishop of Lincoln: A Contribution to the*

Religious, Political, and Intellectual History of the Thirteenth Century (Londres, 1899), p. 51. Añade Stevenson que por "poder de las matemáticas" Bacon probablemente se refería a lo que hoy (1899) se llamaría "el reino del derecho", y que "un amplio reconocimiento de esto se encuentra en los escritos de Grosseteste". Véase A. C. Crombie, *Grosseteste, Bacon, and the Birth of Experimental Science, 1100-1700* (Oxford, 1953), p. 10.

[74] "Causa est civilis disceptatio de certo dicto vel facto certae personae." Véase Alessandro Giuliani, "The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading", en *Juridical Review*, 62 (1969), 231.

[75] *Ibid.*, pp. 234-235. Estas reglas de pertinencia eran aplicadas primero a las proposiciones *(positiones)* a las que todas las partes y testigos prestaban juramento, y después a los alegatos *(articuli)*, probados por medio de testigos y documentos, que gradualmente remplazaron a la forma anterior, al perder validez los juramentos.

[76] *Ibid.*, p. 237.

[77] Alexander Koyre, *From the Closed World to the Infinite Universe* (Baltimore, 1976).

[78] Joseph Needham, buscando respuestas a la pregunta de por qué la ciencia moderna no se desarrolló en la civilización china (o india) tradicional, sino sólo en Europa, subraya la importancia, por una parte, de las concepciones babilónica, estoica y judaica de un cuerpo de leyes decretadas por un Dios trascendente, y que incluían las acciones de los hombres y de todo el resto de la naturaleza y, por otra parte, de la marcada separación, hecha sólo a finales del siglo XVI y durante el XVII, entre el derecho natural humano y las leyes no humanas de la naturaleza. (En contraste, los chinos no tuvieron un concepto de derecho que fuese aplicable a fenómenos no humanos.) Needham atribuye el giro de Occidente a la creencia en un cuerpo separado de leyes de naturaleza, principalmente al surgimiento del absolutismo real, a finales del feudalismo y al comienzo del capitalismo. El hecho de que Roger Bacon hubiese empleado la expresión "leyes de naturaleza" en el siglo XIII sólo apoya esta tesis, dice Needham, ya que el hecho crítico es que el concepto de Bacon "permaneció dormido hasta que, en el Renacimiento, un nuevo absolutismo político y un resurgimiento de la ciencia experimental volvieron a sacarlo a la luz del discurso". Véase Joseph Needham, *The Grand Titration: Science and Society in East and West* (Londres, 1969), pp. 310-311. La explicación de Needham es sólo parcialmente cierta. Nadie duda de que algo nuevo ocurrió en Occidente, tanto en la ciencia como en la sociedad, en los siglos XVI y XVII. También es cierto que la naturaleza física llegó a ser vista entonces como poseedora de sus propias leyes, que parecían totalmente distintas de las leyes morales de la naturaleza humana. Pero es sumamente engañoso decir que la idea de Bacon —y antes que él, de Grosseteste— de que había leyes de la materia y la luz, y otras leyes de la naturaleza, "simplemente no obtuvo aceptación general en su época" *(ibid.*, p. 310). Las teorías de Grosseteste y de Bacon fueron características del pensamiento científico de su tiempo (véase la nota 73). Formaban parte de una cosmovisión científica que era totalmente distinta de la de los antiguos babilonios, griegos y hebreos, y también muy diferente de la de los cristianos —fuesen de Oriente o de Occidente— antes del siglo XII. Era una cosmovisión científica que, al separar analíticamente al mundo de Dios, lo temporal de lo eterno, las "causas naturales" (en palabras de Abelardo) de lo milagroso (véase capítulo II, nota 24), permitió —en realidad, exigió— una sistematización de las leyes aplicables a cada una de las dos esferas. Esto allanó el camino a una ulterior separación analítica, dentro del mundo, de la naturaleza del hombre, que a su vez permitió y exigió una sistematización de las leyes aplicables a cada una de las dos esferas. Los métodos de sistematización siguieron siendo básicamente similares. De este modo, el brote del pensamiento científico moderno debe remontarse, primero, a la separación de las autoridades eclesiásticas y las seculares a finales del siglo XI y el XII, y sólo en segundo lugar a los hechos de los siglos XVI y XVII (incluyendo el surgimiento de las monarquías seculares absolutistas).

[79] Véase André F. Cournand y Harriet Zuckerman, "The Code of Science: Analysis and Some Reflections on Its Future", en *Studium Generale*, 23 (1970), 941 y 945-961. Estoy en deuda con Grace Goodell por llamarme la atención hacia este inapreciable ensayo.

[80] *Ibid.*, p. 945.

[81] Véase Harold J. Berman, "The 'Right to Knowledge' in the Soviet Union", en *Columbia Law Review*, 54 (1954), 749.

[82] Véase el capítulo IV. La herejía había sido denunciada por la Iglesia desde el siglo I, y perseguida en varias épocas por autoridades seculares y eclesiásticas. Sin embargo, no adquirió el carácter de delito jurídico hasta que la Revolución papal estableció la Iglesia de Occidente como entidad legal. Véase Herbert Grundmann, *Ketzergeschichte des Mittelalters*

(Gotinga, 1963). También aparecen valiosas fuentes documentales, en traducción inglesa, en R. I. Moore, *The Birth of Popular Heresy* (Londres, 1975) y Jeffrey B. Russell, *Religious Dissent in the Middle Ages* (Nueva York, 1971).

[83] Robert K. Merton, "Science and the Democratic Social Structure", en *Social Theory and Social Structure* (1942); ed. reproducida (Nueva York, 1957), pp. 550-561.

[84] Los historiadores de las ideas a veces presentan las cosas al revés. Véase *A Scholastic Miscellany: Anselm to Ockham*, ed. y trad. de Eugene R. Fairweather (Nueva York, 1956): "De hecho, toda la historia del pensamiento medieval se puede organizar en función del progresivo redescubrimiento de Aristóteles". En realidad, las obras principales de los padres fundadores, tanto de la teología nueva como de la nueva ciencia jurídica, especialmente Abelardo y Graciano, son un poco anteriores a la traducción de las principales obras de Aristóteles sobre lógica. Esto no significa que las teorías aristotélicas de la lógica, como fueron transmitidas por Boecio en el siglo VI, carecieran de importancia. Pero sigue en pie esta pregunta: ¿por qué de pronto adquirieron un nuevo significado? ¿Por qué se sintió de súbito la necesidad de que se tradujeran sus principales obras sobre lógica?

[85] Los judíos europeos de finales del siglo XI, el XII y el XIII vivían en condiciones que cambiaban asombrosamente de un lugar a otro y de una época a otra. En algunos lugares y épocas, fueron objeto de terribles persecuciones y de expulsión oficial; en otros, vivieron en paz con sus vecinos y alcanzaron prosperidad y hasta influencia política. Durante todo este periodo, los judíos conservaron su propio derecho y sus propios tribunales, y también estaban sometidos al derecho real. A menudo, fueron protegidos específicamente en estatutos de paz reales y en cartas de libertades urbanas.

Aunque no se podría identificar una influencia directa del derecho judío sobre el derecho occidental, el pensamiento judío sí contribuyó al clima intelectual de los tiempos. Esto se manifestó de dos maneras. Primero, la influencia directa del pensamiento judío, en particular, la tradición alegórica de razonamiento, presente en el Midrash, en uso general entre los pensadores judíos, así como la escuela racional, centrada en torno de Rashi (1040-1105) en el Norte de Francia y, un siglo después, en torno de los escritos de Moisés Maimónides (1135-1204). Como lo ha indicado Beryl Smalley, la influencia de Rashi sobre varios importantes pensadores de finales del siglo XI y del XII puede identificarse directamente, en tanto que Tomás de Aquino (1225-1274) y Alberto Magno (*c.* 1200-1280) fueron influidos por Maimónides. Véase Beryl Smalley, *The Study of the Bible in the Middle Ages* (Notre Dame, 1978), especialmente pp. 149-172, sobre la influencia de Rashi; acerca de Maimónides, véase Wolfgang Kluxel, "Die Geschichte des Maimonides im lateinischen Abendland als Beispiel eines christlichjüdischen Begegnung", en *Judentum im Mittelalter, Miscellanea Mediaevalia*, IV (Berlín, 1966).

La segunda forma de influencia fue más sutil. Cuando los sabios cristianos buscaron contactos con intelectuales judíos para aclarar su comprensión del Antiguo Testamento, descubrieron que los judíos a menudo habían traducido palabras y frases en forma diferente, y habían interpretado pasajes de manera totalmente distinta. Esto obligó a los cristianos a revisar sus fuentes y sus argumentos y, con frecuencia, a inventar nuevas explicaciones para contrarrestar el conocimiento y la crítica judíos. Smalley, *The Study of the Bible*, pp. 364-365. De esta manera, como lo ha dicho Robert Chesler, "la existencia misma de una tradición intelectual separada, junto a la de la Europa cristiana, obligó a hacer una confrontación de flaquezas y una excitación de ideas que de otra manera no habría sido posible".

Sin embargo, ni el pensamiento judío ni el derecho judío parecen haber ejercido influencia considerable sobre los sistemas jurídicos de Occidente, al menos hasta donde lo muestra la literatura que se ha conservado. Smalley, p. 157, n. 2, cita a L. Rabinowitz, *The Social Life of the Jews in Northern France in the XII-XIV Centuries as Reflected in the Rabbinical Literature of the Period* (Londres, 1938), en el sentido de que "se conocen casos de cristianos que llegaron a ser doctos en el derecho judío". Sin embargo, Rabinowitz sólo ofrece un ejemplo, el de un cristiano que estudió el derecho judío al convertirse al judaísmo.

Una razón básica de esto bien pudo ser la ausencia en el judaísmo de una separación entre el derecho espiritual y el derecho secular: para los judíos del siglo XII, cada parte del derecho judío estaba arraigada en la Biblia, como palabra sacra de Dios, y en el carácter de la comunidad judía, como recipiente escogido de la voluntad divina. También la intensa casuística del Talmud acaso ayudara a hacerlo parecer ajeno al pensamiento jurídico occidental, que subrayaba la sistematización de los principios legales.

Tal vez por razones similares, la influencia del Islam sobre el derecho occidental fue insignificante en los siglos XI y XII. Aunque los europeos se interesaran en la civilización islámica, limitaron sus estudios de ella por entonces, básicamente, a la astronomía, la astrología, las matemáticas y la medicina. A finales del siglo XI —para citar un ejemplo— Constantino Africano, cristiano tunecino al servicio de Roberto Guiscardo, conde de Apulia, tradujo obras de medicina del árabe al latín y las entregó a la Universidad de Salerno. Sólo a finales del siglo XIII, después de que ya se habían fijado las principales direcciones del derecho occidental, la filosofía árabe llegó a cobrar influencia entre teólogos como Tomás de Aquino y Roger Bacon. Véase Johann Fueck, *Die arabischen Studien in Europa, bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts* (Leipzig, 1955); R. W. Southern, *Western Views of Islam in the Middle Ages* (Cambridge, Mass); F. Wuestenfeld, *Die Uebersetzungen arabischer Werke in das Lateinische seit dem XI Jahrhundert* (Gotinga, 1877).

Una excepción la constituyó Pedro *el Venerable* (1092-1157), abad de Cluny. Una vez, Pedro fue a Iberia a mediar en una disputa entre Castilla y Aragón, y estando ahí encontró a dos hombres enterados de los trabajos árabes sobre astrología. Ambos retornaron con Pedro a Cluny, donde uno de ellos tradujo el Corán al latín, aunque con muchas lagunas y errores, mientras que el otro tradujo una parte de las enseñanzas de Mahoma. Pedro envió estas obras a Bernardo de Claraval, pero sus esfuerzos no produjeron un mayor estudio del Corán. Como ha escrito R. W. Southern, la traducción del Corán fue "un fin, y no un principio. El estudio serio del Islam no fue tema grato a los contemporáneos ni a los sucesores inmediatos de Pedro *el Venerable*". Southern, *Western Views*, pp. 33-37.

Sólo en el siglo siguiente, y gracias a la labor de arabistas como Raimundo Martini y Ramón Llull, la filosofía árabe estuvo más al alcance de Occidente, y llegó a influir sobre una gran variedad de sabios. Aun entonces, los sistemas jurídicos occidentales parecen no haber sido afectados casi nada por el pensamiento islámico. Véase Deno J. Geanakoplos, *Medieval Western Civilization and the Byzantine and Islamic Worlds* (Lexington, Mass., 1979), p. 159.

[86] Knowles, *Evolution*, pp. 80-81.

[87] Roberto Unger ha atribuido el surgimiento del concepto de derecho como sistema autónomo en la historia europea a la convergencia de una teología de la trascendencia, una fe en el pluralismo de grupo y la idea del Estado secular liberal. Véase Roberto M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (Nueva York, 1976), pp. 66-76, 83-86 y 176-181. Pueden verse algunos sorprendentes paralelismos entre su análisis y el relato dado aquí, pese al marcado contraste entre su interpretación, más filosófica, y ésta, más histórica. Sin embargo, al fechar los orígenes del concepto occidental de un sistema jurídico autónomo en el siglo XVII y al vincularlo con el surgimiento de una teoría política y jurídica positivista, el profesor Unger ha eludido las decisivas cuestiones del carácter político y jurídico de la Iglesia, y de las interrelaciones de la Iglesia y el Estado, cuestiones que ocupaban lugar central en el pensamiento político y jurídico occidental de finales del siglo XI al siglo XIX y que, disimuladas, aún rondan por las religiones seculares occidentales, incluyendo el liberalismo y el socialismo. Véase Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (Nueva York, 1974).

[88] Duncan Kennedy, en su artículo "Form and Substance in Private Law Adjudication", en *Harvard Law Review*, 89 (1976), 1685, ha mostrado una creencia similar en la interdependencia de la forma y la sustancia en el pensamiento jurídico, pero una visión diferente de la naturaleza de cada uno. El profesor Kennedy afirma que en la adjudicación del derecho privado contemporáneo norteamericano *todas* las formas de ley caen en dos categorías opuestas, a saber, "reglas", relativamente estrechas y específicas que, se supone, operan con objetividad y generalidad, y "normas" como imparcialidad, razonabilidad y proceso debido, relativamente vastas, que permiten tratar con personas y situaciones sobre una base *ad hoc*. Además, Kennedy asevera que todas las *metas sustantivas* del derecho caen en dos categorías opuestas, a saber, el "individualismo", que él identifica con el propio interés, la autonomía de partido y la reciprocidad, y el "altruismo", que identifica con el compartir, el sacrificio y la participación comunal. Para completar el círculo, Kennedy dice que una preferencia por el argumento jurídico, puesto en forma de reglas, está relacionada con la meta sustantiva del individualismo, mientras que una preferencia por el argumento legal, puesto en forma de normas, está relacionada con la meta sustantiva del altruismo. Hay un traslape, escribe (p. 1776), pero a "un nivel más profundo... el individualista/formalista y el altruista/informalista operan a partir de visiones claramente contradictorias del universo". Este análisis representa una marcada ruptura con la concepción occidental tradicional de que las reglas y normas en conflicto (así como otras formas conflictivas de locución legal, como doctrinas, conceptos y analogías) son a la postre reconciliables por el sistema jurídico en conjunto. De manera similar, rompe con la tradicional creencia occidental de que los propósitos conflictivos de la ley

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES HISTÓRICAS BIBLIOTECA

incluyendo no sólo el individualismo y el altruismo, sino también otros valores polares (por ejemplo, diversidad y unidad, cambio y continuidad, libertad e igualdad), a la postre son reconciliables dentro de los valores de todo el sistema jurídico. Además, es postulado del tradicional pensamiento jurídico occidental que el grado en que un propósito particular de la ley es favorecido por una forma legal en particular no se puede responder en abstracto, sino tan sólo responder en un contexto histórico. En algunas sociedades (por ejemplo, en la comunista) y en algunas esferas hasta del llamado derecho privado (por ejemplo, el derecho de propiedad comunitario), las reglas pueden ser más altruistas, y las normas más individualistas, en el sentido que el profesor Kennedy da a estas palabras.

Al reducir el marco del análisis a una serie de dualismos, que a la postre también quedan reducidos a un solo dilema, Kennedy da una intensa expresión a un difundido escepticismo con respecto a las reglas legales, y una difundida fe en lo que se ha llamado la "adhocracia" de las decisiones basadas en normas legales. El hombre occidental contemporáneo encuentra difícil creer en reglas, ya que suele verlas aislándolas de todo el sistema del que son parte. Le resulta fácil creer en valores, pues los ve libres de las reglas requeridas para realizarse en diversos tipos de casos. Esta "antinomia de reglas y valores" ha sido expuesta por Roberto Unger como un callejón sin salida del pensamiento liberal moderno. Véase Roberto M. Unger *Knowledge and Politics* (Nueva York, 1975), pp. 88-100.

Un propósito de explorar los orígenes del pensamiento jurídico occidental en los siglos XI y XII es mostrar, por implicación, el contraste entre la ciencia jurídica sintetizadora que se encuentra en las raíces de la tradición jurídica occidental, vieja ya de novecientos años, y la jurisprudencia fragmentadora que ha llegado a predominar, si no a dominar por completo, en Occidente en el siglo XX.

IV. Fuentes teológicas de la tradición jurídica occidental

[1] *Encyclopaedia Britannica*, ed. 1969, artículo *"Myth"*.

[2] La frase fue tomada del *Book of Common Prayer*. Su fuente es *Ez.*, 18:23.

[3] Véanse *Sal,* 98:8-9; *Jr,* 23:5; *Mi*, 4:3; *Am,* 5:18; *So,* 3:8 y 1:15.

[4] Credo de Nicea (325 d. c.). Véase J. N. D. Kelly, *Early Christian Creeds* (Nueva York, 1950), pp. 215-216.

[5] *Mt,* 25:31-46.

[6] Véase el Preámbulo de la *Ecloga* (colección de leyes promulgadas por los emperadores bizantinos hacia el año 740 d. c.), en Edwin H. Freshfield, *A Manual of Roman Law: The Ecloga* (Cambridge, Mass., 1926). El primer párrafo dice:

> Una selección de leyes dispuestas en forma compendiosa por León y Constantino, los sabios y piadosos emperadores, tomadas de la Instituta, el Digesto, el Código y las Novelas del gran Justiniano, y revisadas en dirección de mayor humanidad, promulgadas en el mes de marzo, novena indicción en el año del mundo 6234.

[7] Véase Jaroslav Pelikan, *The Christian Tradition*, vol. 2, *The Spirit of Eastern Christendom, 600-1700* (Chicago, 1974), pp. 279-280. La ortodoxia nunca desarrolló teorías concernientes a méritos, satisfacción, purgatorio y obras supererogatorias. Algunos teólogos de Oriente han introducido ideas un tanto similares a la del purgatorio, pero éstas nunca han gozado de aceptación en la Iglesia de Oriente. La doctrina de la condenación eterna es rechazada y, en general, el pensamiento legal desempeña un papel menor en la teología de Oriente.

[8] Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (Nueva York, 1938), pp. 509-510.

[9] Éstas eran "indulgencias parciales", normalmente otorgadas por años, meses, días o "cuarentenas" (periodos de Cuaresma). El término indulgencia *no* se refería al tiempo del castigo, sino al de penitencia; es decir, una indulgencia de seis años correspondía en valor a seis años vividos bajo las disciplinas penitenciales de la Iglesia primitiva.

[10] John T. McNeill y Helena M. Gamer, *Medieval Handbooks of Penance* (Nueva York, 1938), p. 17. Véase Bernard Poschmann, *Pennance and the Anointing of the Sick* (Nueva York, 1964), cap. 1, n. 41a, pp. 147-149. Poschmann afirma (p. 148) que la palabra "absolución" *(absolvere)* entró muy tarde en la liturgia de la penitencia y que durante largo tiempo fue identificada con las propias obras de penitencia del pecador. Ve como una "dificultad básica" de la práctica anterior el hecho de que "el perdón de los pecados" fue visto antes del siglo XI como "básicamente el efecto de las obras personales de penitencia", de modo que no "quedaba lugar... para un verdadero acto de absolución" y "en último análisis, la absolución parece carente de contenido". Esta interpretación de la práctica anterior refleja perfectamente el punto de vista de los reformadores de los siglos XI y XII.

[11] *De Vera et Falsa Poenitentia*, Migne, *PL* 40.1113, escrito *c.* 1050 d. c., y erróneamente atribuido a San Agustín. Este ensayo fue muy utilizado en el siglo siguiente por Graciano y otros canonistas. En el XVI fue extensamente comentado por Erasmo y otros; fue repudiado por Lutero. El pasaje citado en el texto aparece en la p. 1129.

[12] *Ibid.*

[13] *De Vera et Falsa Poenitentia*, caps. 10 y 18, Migne, *PL* 40.1122, 1128. Poschmann, *Penance*, p. 158, n. 3, declara que la identificación del poder de imponer castigos temporales con el poder de imponer castigos eternos no añade nada a la enseñanza tradicional. Pero esto pierde de vista el argumento del autor del escrito, a saber, que el castigo temporal en cuestión es en este mundo y no en el venidero (purgatorio).

[14] Véase George H. Williams, *Anselm: Communion and Atonement* (St. Louis, 1960), p. 18.

[15] Poschmann, *Penance*, pp. 156-183, en especial pp. 178-179.

[16] Sobre la controversia entre Lanfranco y Berengario existe una importante bibliografía que incluye un útil análisis, con cita de autoridades, en Hasso Hofmann, *Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (Berlín, 1974). Véase Joseph Ghellinck, *Le Mouvement théologique du douzième siècle* (Brujas, 1948), p. 72. Véase también R. W. Southern, *Saint Anselm and His Biographer* (St. Louis, 1960), p. 21. Berengario finalmente se desdijo de sus opiniones de 1080, unos 21 años después de ser oficialmente denunciadas.

[17] La palabra "transustanciación" (desconocida en la Iglesia de Oriente) sólo tomó curso a mediados del siglo XII. La doctrina de la transustanciación no fue adoptada oficialmente sino hasta el Cuarto Concilio Lateranense de 1215. Sin embargo, la elevación de la hostia apareció en la misa a comienzos del siglo XII. Véase Colin Morris, *The Discovery of the Individual, 1050-1200* (Nueva York, 1972), p. 142. En el siglo XIII se retiró el vino a los laicos, salvo a los más importantes.

La transformación de la "sustancia" del pan y el vino en el cuerpo místico y la sangre de Cristo ocurre, según Santo Tomás de Aquino, "en el último instante en que se pronuncian las palabras *[Hoc est corpus meum]". Summa Theologica*, pt. III, qu. 75, art. 7, réplica a la objeción 3. "La perfección de este sacramento no se encuentra en la participación de los fieles, sino en la consagración de los elementos." *Ibid.*, pt. III, qu. 80, art. 12, réplica a la objeción 2. Esto lo distingue de todos los demás sacramentos. *Ibid.*, pt. III, qu. 73, art. 1. Haber retirado el cáliz a los laicos no afecta su validez, siempre que el sacerdote que consagra reciba tanto la hostia como el vino. *Ibid.*, pt. III, qu. 80, art. 12, réplica a la objeción 2.

[18] En 1264, el papa Urbano estableció la fiesta de Corpus Christi para celebrar la elevación de la hostia. Rosenstock-Huessy la llama "la fiesta eclesiástica de la Revolución papal". *Die europäischen Revolutionen*, 2ª ed. (Stuttgart, 1951), p. 168. Sigue siendo, hasta hoy, una de las grandes fiestas populares en todos los lugares donde la población es predominantemente católica.

De la doctrina de la transustanciación escribió el gran historiador alemán Ranke: "Las prerrogativas del sacerdocio están esencialmente conectadas también a este artículo de fe". Leopold von Ranke, *Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation* (Leipzig, 1867), p. 157.

[19] Como lo ha mostrado George Williams, la teoría preanselmiana de la redención estaba predominantemente relacionada con el misterio del bautismo, el cual libera al hombre de la muerte y de lo demoniaco por identificación con la resurrección de Cristo. El hincapié en el bautismo es en el renacimiento y la renuncia a los demonios de nuestra propia vida antes de la conversión. En cambio, Anselmo y sus sucesores relacionaron la expiación básicamente con el misterio de la eucaristía que, en contraste con el bautismo, es un sacramento repetitivo, y que en el siglo XI había llegado a ser precedido por el sacramento de la penitencia. En adelante, se pensó que la eucaristía liberaba del pecado. "El interés ya no está en la renuncia a los demonios de nuestra propia vida antes de la conversión, sino en el cumplimiento de la penitencia por los propios pecados posbautismales." Williams, *Anselm*, p. 13. Williams indica (p. 24) que según la nueva teoría, la eucaristía "hace posible un mayor grado de participación en la redención, en la medida en que la auténtica incorporación sacramental en Cristo es superior al renacimiento sacramental". Pero observa que la incorporación sacramental en Cristo

fue concebida como una identificación con Cristo en la cruz, no con el Cristo resucitado. Así, el papel central de la eucaristía en el segundo milenio de la historia de la Iglesia, en contraste con el papel central del bautismo en el primer milenio, se relaciona con el ulterior hincapié en la encarnación de Dios en la historia humana, en contraste con el anterior hincapié en la deificación del hombre en el Reino de los Cielos.

[20] Véase Pelikan, *Christian Tradition*, II, 138. Pelikan afirma que el papel central de la resurrección de Cristo en la doctrina oriental de la expiación se subrayaba tanto en la liturgia como en los escritos de los teólogos:

> Los términos mismos de institución se amplificaron para incluir esta orden: "Pues tan a menudo como comáis este pan y bebáis de este cáliz, proclamaréis mi muerte [de Cristo] y *confesaréis mi resurrección*"... La resurrección fue presentada en la liturgia como parte decisiva de una expiación, que consistía en la victoria de Cristo, por medio de la crucifixión y de la resurrección, sobre los poderes de la muerte y el Hades.

Pelikan afirma que los "teólogos litúrgicos" orientales desarrollaron más esos mismos temas: "el lenguaje de la liturgia hizo que los temas de la batalla y la victoria fuesen un modo natural de describir el camino de la salvación".

[21] Pedro Lombardo, *Sententiarum Libri Quatuor*, Migne, *PL* 192.519. En el cuarto libro, Dist. II (col. 841), el autor se limita a afirmar: "Llegamos ahora a los sacramentos de la nueva ley, que son el bautismo, la confirmación, la bendición del pan, es decir, la eucaristía, la penitencia, la extremaunción, la ordenación, el matrimonio". No explica ni ofrece autoridad alguna en apoyo de su lista, que en adelante se dio por sentada como la lista completa de los sacramentos. También debe notarse que Pedro Lombardo (col. 839) define un sacramento no sólo en los términos de San Agustín, como "señal de la gracia de Dios", sino también como "causa" de la gracia que significa. En Oriente, por lo contrario, hasta mucho después, y hasta cierto punto aún hoy, no se trazaron ni se trazan distinciones marcadas entre los diversos modos en que la gracia divina se puede manifestar visiblemente. La presencia de los santos en los iconos, la luz de las velas y, en realidad, cualquier parte de la liturgia es un misterio (y por ello, un sacramento), con un poder milagroso para otorgar la gracia. La Iglesia misma es un sacramento; y el edificio es una casa en que el propio Dios mora, y puede sentirse su presencia. En cambio, en Occidente tales misterios llegaron a ser llamados "sacramentales", en contraste con los "sacramentos", y se consideró que sólo ciertos ritos específicos, aplicados de cierta manera, operaban sacramentalmente, *ex proprio vigore* ("por su propia fuerza").

[22] San Agustín aportó su sabiduría a todas las épocas ulteriores. Sin embargo, es incorrecto identificarlo, como lo han hecho algunos, con el escolasticismo, pese al hecho de que San Anselmo, a quien a menudo se ha llamado fundador de la teología escolástica, y Santo Tomás de Aquino, su más célebre exponente, se consideraron discípulos de Agustín. La principal diferencia entre ellos y Agustín es que éste no estableció una clara separación entre la razón y la fe, y siempre buscó el conocimiento, no por el conocimiento mismo, sino por la unión con Dios. En ese aspecto, él seguía la tradición de la teología de la Iglesia cristiana de Oriente, que "nunca ha establecido una marcada distinción entre misticismo y teología, entre experiencia personal de los misterios divinos y el dogma afirmado por la Iglesia". Vladimir Lossky, *The Mystical Theology of the Eastern Church* (Londres, 1957), p. 8. Afirma Lossky (p. 104):

> La teología de la Iglesia ortodoxa... nunca ha entrado en alianza con la filosofía en un intento por llegar a un sistema doctrinal; pese a toda su riqueza, el pensamiento religioso de Oriente nunca ha tenido un escolasticismo. Si contiene ciertos elementos de la gnosis cristiana... la especulación siempre está dominada por la idea central de la unión con Dios, y nunca adquiere el carácter de un sistema.

En esta perspectiva, Lossky coloca a San Agustín entre los Padres de la Iglesia que fueron autoridad, de los cinco primeros siglos de la época cristiana, cuya teología prevaleció en las Iglesias de Oriente y Occidente antes del siglo XI.

El propio San Agustín sigue la costumbre griega al definir la teología como "explicación o relato de la naturaleza divina". Véase *La ciudad de Dios*, 8.1 y 6.8. Sin embargo, ese relato o explicación lo da Agustín como una filosofía que él identifica con la sabiduría, y cuyas verdades pone a prueba por la revelación. De este modo, escribe que de todos los filósofos, los platónicos han sobresalido en "esa parte de la teología a la que llaman física, es decir, natural", y se refiere en especial al argumento platónico de que tras las formas cambiantes de cuerpo y espíritu debe existir una primera forma, inmutable, que no admite grados de comparación, que es Dios. *La ciudad de Dios*, 8.6. Agustín elogia este concepto diciendo que armoniza con el relato del Éxodo en que Dios, cuando Moisés le pregunta su nombre, responde: "Yo soy el que Soy. Así dirás a los israelitas: 'Yo Soy' me ha enviado a vosotros". San Agustín encuentra tan grande la semejanza entre el Dios de Moisés, *el que es*, y la forma inmutable que Platón ve tras todos los fenómenos, que "casi se inclina" a creer que Platón debió haber leído la Biblia. *La ciudad de Dios*, 8.11.

Yves Congar ha escrito que Agustín creía que una "teología auténtica" debía llevar a los paganos al cristianismo. "Mas, para él, esta teología auténtica no es sino una filosofía como el platonismo... En realidad, parece que debemos aguardar a Abelardo antes que el término *teología* reciba el significado que tiene para nosotros." Yves Congar, *A History of Theology* (Nueva York, 1968), p. 32. También Etienne Gilson subraya —en realidad, exagera— el papel del platonismo en el pensamiento de San Agustín. En cambio, cuando se vuelve a San Anselmo, quien repetidas veces dijo que su única ambición era replantear lo que su maestro Agustín ya había dicho, Gilson confronta la gran diferencia de los métodos de pensamiento de ambos. Anselmo y sus discípulos, escribe Gilson, "han quedado célebres en la historia de la teología por su temeridad al dar demostraciones racionales de todas las verdades reveladas... Esta audaz ambición por procurar razones necesarias a los dogmas revelados nunca había pasado por la cabeza de Agustín". Etienne Gilson, *Reason and Revelation in the Middle Ages* (Nueva York, 1938), p. 37.

No sólo San Agustín, sino virtualmente todos los teólogos del primer milenio de historia de la Iglesia, en Oriente como en Occidente, habrían convenido con Lossky en que hay que evitar a toda costa una "teología de conceptos", pues irá en contra del objetivo mismo de la teología, que es el "ascenso hacia el infinito". La actitud mental de Oriente "se niega a formar conceptos acerca de Dios", escribe.

> Totalmente excluye toda teología abstracta y puramente intelectual que adaptara los misterios de la sabiduría de Dios a los modos del pensamiento humano. Tal es una actitud existencial que abarca a todo el hombre: no hay teología aparte de la experiencia; se necesita cambiar, devenir un hombre nuevo... La vía del conocimiento de Dios es, necesariamente, la vía de la deificación [Lossky, *Mystical Theology*, p. 39].

Los teólogos occidentales de fines del siglo XI y posteriores mostraron una actitud distinta. Intentaron conceptualizar la teología, hacer embonar atributos divinos en modos de pensamiento humanos. Según ellos, la teología debía divorciarse del misticismo y del espiritualismo personal. Anselmo, por ejemplo, fue un místico y un poeta, pero dejó eso a un lado cuando se propuso probar los misterios divinos "exclusivamente por medio de la razón". Trató de abarcar la divinidad en categorías humanas: hacer bajar a Dios a la tierra, en lugar de llevar al hombre al cielo. Para los escolásticos de finales del siglo XI y el XII, la vía del conocimiento de Dios era la vía de la encarnación, no de la deificación.

Acerca de Anselmo como "creador de la teología escolástica", y de Abelardo como responsable de popularizar el término *teología* "en el sentido nuevo", véase Ghellinck, *Le Mouvement théologique*, p. 83.

[23] Anselmo, *Proslogion, seu Alloquium de Dei Existentia*, Migne, *PL* 158.225. Véase M. J. Charlesworth, *St. Anselm's Proslogion* (Oxford, 1965), que incluye el texto con traducción al inglés. Sobre Anselmo en general, véase Southern, *Saint Anselm*. Agustín había escrito que "Debéis comprender lo que creéis" *(quod credis intelligans)*, y había citado a Isaías diciendo: "Si no creéis, no comprenderéis" *(nisi credideritis, non intelligetis)*. Véase L. Schoop (comp.), *The Fathers of the Church: A New Translation*, II (Nueva York, 1953), 300 y 301-302. Sin embargo, Agustín insistió en traer la luz de la razón, o del entendimiento, a lo que se conoce por fe, mientras la insistencia de Anselmo fue en la prueba racional, o demostración, de las verdades reveladas. El "intelligere" de Agustín está más cerca de la sabiduría; el de Anselmo está más cerca de la ciencia. (El significado de Isaías es diferente del de ambos.)

[24] Anselmo, *Cur Deus Homo*, Migne, *PL* 158.359-431. Véase John McIntyre, *St. Anselm and His Critics: A Reinterpretation of the Cur Deus Homo* (Edimburgo, 1954).

[25] Con Su muerte en la Cruz, Él satisfizo la justicia de Dios, nos liberó del pecado, quebrantó el poder de Satanás y nos restauró la gracia. Desde entonces, el cielo quedó abierto para todos. Mas, para entrar, debemos participar en la redención... *La Resurrección de Cristo está ligada en las Escrituras con Su muerte: es un elemento igualmente integral, aunque no tan esencial, de la Redención.* Con Su muerte, Cristo nos liberó del pecado y nos abrió las puertas del cielo; con Su Resurrección, nos prefiguró y restauró a una vida que se

había perdido por el pecado de Adán... Desde luego, es cierto que Cristo con Su muerte obtuvo para nosotros la remisión del pecado, la justificación y la gloria, pero en el plan de la Divina Providencia sólo después de la Resurrección los Apóstoles fueron a predicar la fe, única a través de la cual podemos ser justificados.

Rev. J. S. Considine, "The Passion, Death, and Resurrection of Christ", en Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Primera edición norteamericana completa, trad. de los Padres de la Provincia Dominical Inglesa (Nueva York, 1948), III, 3426, 3436 (cursivas del autor). Véase también Williams, *Anselm*, p. 9, en que el autor explica, de manera convincente, *Cur Deus Homo* como teoría eucarística.

[26] William J. Wolf, *No Cross, No Crown: A Study of the Atonement* (Nueva York, 1957), pp. 19-20.

[27] Véase Williams, *Anselm*, p. 25. Hubo cambios paralelos en los modos de culto. Así, Morris, *Discovery of the Individual*, p. 142, afirma que en el siglo XII "fue generalmente adoptada una nueva posición de plegaria que después se volvería convencional: arrodillarse con las manos juntas. Era la posición de homenaje, y su uso expresó la lealtad personal que el creyente sentía para con su Señor". Antes, la gente se postraba, como aún se hace en la Iglesia de Oriente.

[28] Véase capítulo II, nota 26. En el año 809, Carlomagno había empleado la cláusula del *filioque* como parte del credo en su propia capilla imperial; el papa León III no aceptó esta enmienda del credo en Roma, aunque sí la doctrina que reflejaba. Sólo en el año 1014, la liturgia se cambió en San Pedro para incluir la cláusula del *filioque*. Ésta fue una de las causas principales del cisma entre las partes oriental y occidental de la Iglesia en 1054, y sigue siendo un obstáculo para su reunión. Véase Kenneth Scott Latourette, *A History of Christianity*, I (Nueva York, 1975), 303; véase también Pelikan, *Christian Tradition*, II, 183-198.

[29] Véase también *Proslogion*, caps. 9-11, Migne, *PL* 158.231-234.

[30] *De Vera et Falsa Poenitentia*, cap. 10, Migne, *PL* 40.1122.

[31] *Ibid.*

[32] *Ibid.*

[33] Véase Southern, *Saint Anselm*, p. 98.

[34] Véase Robert D. Crouse, "The Augustinian Background of St. Anselm's Concept of Justitia", en *Canadian Journal of Theology*, 4 (1958), 111.

[35] En *Cur Deus Homo*, Anselmo pregunta si sería apropiado que Dios remitiera el pecado por la pura misericordia, sin requerir ninguna satisfacción ni castigo. Afirma que "No es apropiado que Dios remita nada a Su reino irregularmente *(inordinatum)*", y que tratar a culpables e inocentes por igual "no sería propio de Dios". Luego añade:

> Obsérvese también esto. Todos saben que la justicia de los hombres está bajo el derecho... Pero si el pecado no es descargado ni castigado, no queda sujeto a ninguna ley... Por tanto, la injusticia, si va a ser remitida por pura misericordia, sería más libre que la justicia, lo que parece muy impropio. *[Cur Deus Homo*, libro 1, cap. 12, Migne, *PL* 158.377].

Anselmo vuelve a esta cuestión en el libro 1, cap. 24, diciendo que el hecho de que Dios simplemente perdonara la desobediencia del hombre sería como hacer que el hombre fuese bendito por su pecado. "En verdad, tal misericordia de la parte de Dios sería contraria a Sí mismo, es imposible que su misericordia sea de esa índole." Esto lleva al discípulo de Anselmo a decir: "Si Dios sigue el método de la justicia, entonces no hay escape para un miserable pecador; y la misericordia de Dios parece perecer". A lo que responde Anselmo:

> Pediste razón, ahora acepta la razón. Yo no niego que Dios es misericordioso... pero estamos hablando de esa misericordia última por la que hace bendito al hombre después de esta vida. Y creo haber demostrado suficientemente, por las razones antes dadas, que la bendición no debe darse a nadie a menos que sus pecados estén totalmente remitidos, y que esta remisión no debe hacerse, salvo por el pago de la deuda que se debía por causa del pecado [y] de acuerdo con la magnitud del pecado [Migne, *PL* 158.397-398].

[36] Véase Gottlieb Söhngen, *Grundfragen einer Rechtstheologie* (Munich, 1962), y "Rectitudo bei Anselm von Canterbury als Oberbegriff von Wahrheit and Gerechtigkeit", en H. K. Kohlenberger (comp.), *Sola Ratione: Anselm-Studien für Pater Dr. h. e. F. S. Schmitt* (Stuttgart, 1970).

[37] Acerca de las teorías posteriores a la Reforma sobre el castigo vicario, véase Wolf, *No Cross, No Crown*, p. 109. Lutero y Calvino compartieron muchas de las ideas de Anselmo con respecto a la expiación. Sin embargo, Calvino cambió el motivo de la necesidad de expiar por el deshonor hecho a Dios a la necesidad de expiar por la violación de su ley. Por tanto, Calvino vio la crucifixión como la transferencia a Cristo de toda la culpa y el castigo del hombre. Las ideas de Calvino fueron sucesivamente reducidas por sus seguidores a una visión de Dios como "consumada y perfectamente justo, de lo que se sigue que Él no aprueba ninguna iniquidad ni deja ninguna sin venganza". Véase Theodorus Beza, "Confessio", en *Theol. Tract.*, II, 2, cit. en Hugo Grocio, *A Defence of the Catholic Faith concerning the Satisfaction of Christ against Faustus Socinus*, trad. con notas e introd. histórica de F. H. Foster (Andover, Mass., 1889), p. xiv. Respondiendo al argumento de Socino, de que, puesto que Dios es el ofendido y no un juez que esté aplicando un cuerpo de derecho aprobado por otros, puede simplemente perdonar las ofensas que se le han hecho, Grocio distinguió entre Dios actuando en capacidad privada, y Dios actuando en capacidad pública; era un soberano que exigía castigo. Foster indica que esta teoría "gubernamental" pasó a los calvinistas ingleses, y de ahí a las colonias norteamericanas, donde Jonathan Edwards, por ejemplo, insistió en que

> cuando entran en existencia criaturas morales, debe haber un gobierno moral... y para que haya un gobierno moral, debe haber un castigo... Si se denuncia un castigo pero nunca se le inflige, la ley pierde su condición de ley... Si Dios mantiene la autoridad de Su ley por la aplicación de un castigo, parecerá que actúa en congruencia con las partes legislativa y ejecutiva de Su gobierno... Pero si no se apoya la autoridad de la ley, antes fomentará e invitará al pecado, en lugar de contenerlo.

Así, la crucifixión parece necesaria por derecho divino. Los sufrimientos de Cristo sustituyen al castigo de los pecadores, para dar un ejemplo que tendrá el efecto de hacer a los hombres más obedientes de lo que les habría hecho el castigo. Grocio, *Defence*, p. li. Esta teoría "subjetiva" o "ejemplar" fue defendida por Abelardo pero, en general, rechazada antes de la Reforma.

[38] *Cur Deus Homo*, libro 1, caps. 13-14, Migne, *PL* 158.379, 381.

[39] Véase Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, pt. II-II, qu. 62, arts. 3 y 6.

[40] Véase Svend Ranulf, *Moral Indignation and Middle Class Psychology* (Nueva York, 1964).

[41] *De Vera et Falsa Poenitentia*, cap. 20, Migne, *PL* 40.1129-1130.

[42] La frase es del juez Oliver Wendell Holmes, refiriéndose a lo que diría a un criminal que iba a ser ejecutado. Véase Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (Nueva York, 1974), p. 168, n. 18.

[43] "Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset." Pedro Lombardo, *Sententiarum Libri Quatuor*, Migne, *PL* 192.734.

[44] Pedro Abelardo, *Ethica, seu Scito Te Ipsum*, caps. 5-7 y 12, Migne, *PL* 178.647-653; D. E. Luscombe, (comp.), *Peter Abelard's Ethics* (Oxford, 1971), pp. 38-49 y 55. Véase Stephen Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX* (Ciudad del Vaticano, 1935), pp. 4-6 y 19-20. Acerca de Graciano, véase Kuttner, "The Father of the Science of Canon Law", en *Jurist*, 1 (1941), 2. Del monumental tratado de Graciano, *Concordancia de cánones discordantes (Concordia Discordantium Canonum)*, se reconoce en general que marcó la primera separación del derecho canónico y la teología. Tiene cierto interés el hecho de que el monje Graciano fuese profesor de "teología práctica externa" *(theologia practica externa)* en Bolonia. Véase Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, I (Weimar, 1950), 228. Graciano fue poderosamente influido por Abelardo, quien a su vez había sido poderosamente influido por Anselmo.

[45] En los sistemas modernos de derecho penal, a menudo se dice que para que un acto sea punible debe causar daño a un interés que la sociedad desea proteger. El sistema soviético de derecho penal ha ido más lejos que otros en esta dirección, haciendo que la criminalidad de un acto dependa de su "peligro social". Esto se asemeja mucho al concepto canonista de que, para ser delito eclesiástico, un acto debe constituir un *scandalum* contra la Iglesia. Si el peligro social (o *scandalum)* debe constituir un *daño* social para que el acto sea punible, no hay vicio ni virtud especial en la terminología de *peligro* (o escándalo) social. En cambio, si una simple *tendencia* a causar daño basta para que el acto sea punible (o un simple sentido de indignación social), se plantea la pregunta de si se justifica que intervenga el derecho penal. Véase Harold J. Berman, *Soviet Criminal Law and Procedure: The RSFSR Codes*, 2ª ed. (Cambridge, Mass., 1972), pp. 21 y 37.

[46] Véase Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, p. 189.

47 El concepto que Abelardo tenía del pecado fue condenado por el papa Inocencio II en el Concilio de Sens en 1140. Véase Luscombe, *Peter Abelard's Ethics*, pp. 9n, 15n, 21n, 24n, 38n, 46n, 63n y 126n. Sin embargo, la condenación iba dirigida a proposiciones particulares, tomadas fuera de contexto o exageradas. La principal contribución de Abelardo, o sea, su hincapié en la intención como el factor que hace moralmente bueno o malo un acto, fue generalmente aceptada en el derecho canónico. De este modo, si un verdugo ahorca a un hombre obedeciendo al derecho, no ha hecho nada pecaminoso, aunque si lo ahorca por motivos de enemistad personal ha cometido un pecado. (Los canonistas inventaron la categoría *malum in se* para designar los actos pecaminosos, cualquiera que sea su intención, pero en realidad son actos cuya intención es invariablemente pecaminosa.) La distinción de Abelardo entre la inclinación a cometer un pecado y el consentimiento interno a cometerlo también fue aceptada: sostuvo que una mala inclinación no necesariamente incluye un desdén o desacato a la voluntad divina. Empero, aun el consentimiento o decisión internos de cometer un pecado, aunque punible en el foro celestial de la Iglesia, no debe ser castigado por un tribunal, dijo Abelardo (y aquí fue seguido por los canonistas en general, pero no por todos), aunque se manifieste en un acto externo. Abelardo sostiene que son las obras del pecado, más que el pecado mismo, las que se castigan en la tierra. Esto no sólo produce una más alta norma de culpabilidad, como queda indicado en el texto, sino también una norma más baja, en que consideraciones mundanas imponen un trato más enérgico. Así, una madre que por negligencia mata a su hijo debe recibir un castigo severo, "no por la falta que cometió, sino para que, después, ella u otras madres tengan más cuidado en tales cosas". De manera similar, pecados menores que son públicos pueden ser castigados más severamente que pecados mayores que son secretos, pues los pecados públicos tienden por su ejemplo a inclinar a otros al pecado.

> Pues todo lo que pueda redundar en la ruina común o en detrimento público, debe ser castigado con mayor corrección... Y cuanto mayor el *scandalum* entre los hombres, mayor será el castigo en que se incurra entre los hombres, aunque lo haya precedido una falta más ligera... Estos procedimientos están de acuerdo no tanto con la obligación de justicia como con el aspecto práctico del gobierno para asegurar, como hemos dicho, la utilidad común de prevenir daños al público *[ibid.*, pp. 38-39, 42-43 y 44-45].

48 Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, pp. 25-28, va y viene sobre esto. La mejor prueba de la validez de la declaración en el texto es la preocupación abrumadora por el *contemptus*. Véase el análisis en la nota 50.

49 *Ibid.*, pp. 377-379.

50 *Ibid.*, pp. 28-38.

51 Gabriel Le Bras, "Canon Law", en C. G. Crump y E. F. Jacob (comps.), *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), p. 357.

52 Tal vez la mejor descripción del culto de la Virgen María en los siglos XI y XII siga siendo la de Henry Adams, *Mont-Saint-Michel and Chartres* (Nueva York, 1913).

53 Véase (del siglo XII) *The Art of Courtly Love by Andreas Capellanus*, con introd., trad. y notas de J. J. Parry (Nueva York, 1941).

54 Véase Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili* (Colonia, 1975), p. 45; véase también Helmut Coing, "English Equity and the Denunciato Evangelica of the Canon Law", en *Law Quarterly Review*, 71 (1955), 223.

V. Derecho canónico: primer sistema jurídico occidental moderno

1 Véase *Mt*, 18:15-17; 1 *Co*, 5:1-5, 7:12-8:13, 11:5-16; y *Hch*, 1:23-26, 2:44-45, 4:32, 15:5-29, 16:4.

2 Para traducciones inglesas, véanse *The Didache*, comp. y trad. de J. A. Kleist (Westminster, Md., 1948); R. J. Connolly, *Didascalia Apostolorum*, comp. y trad. de R. H. Connolly (Oxford, 1929); y *The Statutes of the Apostles or Canones Ecclesiastici*, comp. y trad. de G. W. Horner (Londres, 1904). Para comentario y bibliografía, véanse Johannes Quasten, *Patrology*, I (Westminster, Md., 1950), 29-39 y II (1953), 119-120 y 147-152; y Erik Tidner, *Sprachliches Kommentar zur lateinischen Didascalia Apostolorum* (Estocolmo, 1938).

3 Los concilios celebrados en África del Norte en el siglo III determinaron, entre otras cosas, lo que había de hacerse con los cristianos "caídos", que al ser perseguidos apostataron pero después se arrepintieron. El Concilio de Arles (314 d. c.) determinó que nadie sería rebautizado. En Nicea, los obispos ejercieron poderes mucho mayores, incluso el de confirmar viejas costumbres (por ejemplo, el canon 4, sobre la elección de obispos, y el canon 6, que conservaba las prerrogativas de las sedes patriarcales de Alejandría y Antioquía), de abrogar costumbres anteriores (por ejemplo, el canon 15, aboliendo la costumbre de los obispos, sacerdotes y diáconos emigrantes) y de imponer nuevas reglas para hacer frente a nuevas situaciones (por ejemplo, el canon 18, que trata del papel litúrgico de los diáconos, y el canon 17, que ordena que vuelvan a bautizarse los seguidores de Pablo de Samosata que deseen retornar a la Iglesia). Véase *The Disciplinary Decrees of the General Councils*, comp. y trad. de H. J. Schroeder (St. Louis, 1937), pp. 8-58.

4 La primera colección de cánones, compilada por el obispo Melecio de Antioquía (m. 381), consistía en cánones de cinco concilios locales del siglo IV. En el Concilio de Calcedonia (451), que fue el cuarto concilio general (ecuménico) —el segundo fue el de Constantinopla, de 381, y el tercero, el de Éfeso, de 431—, fue aprobada una colección de 104 cánones, incluso cánones decretados en Nicea y en Constantinopla, así como cánones de la compilación del obispo Melecio. A comienzos del siglo VI, el emperador Justiniano decretó: "Recibimos las enseñanzas religiosas de estos cuatro sínodos [de Nicea, Constantinopla, Éfeso y Calcedonia] como sagrada escritura, y observamos los cánones [aplicados por ellos] como leyes". Just., *Nov.* 131. Más adelante se celebraron otros cuatro concilios ecuménicos en el Oriente, en 553 (Constantinopolitano II); en 680 (Constantinopolitano III); en 787 (Niceano II), y en 869 (Constantinopolitano IV). Sin embargo, se ha disputado sobre el carácter ecuménico del último. En 692, el Concilio Quinisexto, también llamado Concilio de Trullo, emitió una colección de cánones para complementar los de los concilios ecuménicos quinto y sexto (de allí el nombre de Quinisexto) (Constantinopolitanos II y III). La colección "Trullana" fue refutada en Occidente, pero siguió siendo base para ulteriores colecciones de Oriente, incluso cánones del sínodo focio celebrado en Constantinopla en 879 para anular las leyes del concilio de 869. En general, se considera que la colección de Focio representa el punto final del derecho canónico clásico oriental. Véase P. A. de Lagarde, *Reliquiae Iuris Ecclesiasticae Antiquissimae Graece* (Leipzig, 1856); J. A. Zallinger, *Des canons et des collections canoniques de l'Église grecque* (París, 1858); y J. B. Pitra, *Iuris Ecclesiastici Graecorum Historia et Monumenta*, I (Roma, 1864). Véase también la nota 5.

Las colecciones de Oriente formaron la base de las tempranas colecciones occidentales de cánones, la primera importante de las cuales fue la *Collectio Dionysiana*, compilada en Roma por el año 500 d. C. Después, ésta fue reproducida y circuló en varias versiones, una de las cuales, llamada la Adriana, fue enviada a Carlomagno por el papa Adriano en 774. Otra colección importante, conocida como la Hispana, fue hecha en España en el siglo XII. Después sería atribuida a San Isidoro de Sevilla. Incluía legislación sinodal gálica y española. No se la debe confundir con el Seudo Isidoro, o Decretales Falsos, falsificación franca del siglo IX que también fue atribuida a San Isidoro de Sevilla (véase el capítulo II). El Seudo Isidoro estaba parcialmente basado en la Hispana. Uno de los principales propósitos de su autor era combatir la sujeción de los obispos a las autoridades seculares y a los arzobispos que estaban atados a las autoridades seculares. Con este objeto, se falsificaron unos antiguos cánones que supuestamente proponían aumentar la autoridad del obispo de Roma, y éstos fueron saludados por el partido papista en los siglos XI y XII como manifiesto de la supremacía papal. Aunque en ocasiones se puso en duda la autenticidad del Seudo Isidoro, siguió siendo autoridad hasta el siglo XVI, cuando Erasmo y otros finalmente demostraron que era espurio. Tanto la Hispana como el Seudo Isidoro están muy avanzados sobre anteriores compilaciones de cánones, ya que los textos, aunque todavía dispuestos cronológicamente, también están subdivididos por rubros, según sus temas. Sin embargo, la primera colección de cánones que fue dispuesta hasta un grado considerable por tema (sacramentos, liturgia, delitos morales, etc.) fue el *Decretum* de Burcardo, príncipe-obispo de la ciudad franco-germana de Worms, fechado en 1010. Véanse, en general, Paul Fournier y Gabriel Le Bras, *Histoire des collections canoniques en Occident*, I (París, 1931); y Alfonso van Hove, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici* (Roma, 1945).

5 A menudo se olvida que gran parte del derecho romano, no sólo en los tiempos antiguos, sino también en los periodos clásico y posclásico, era de carácter religioso. Con el tiempo, el término griego para designar la ley, *nomos*, correspondiente a la palabra latina *lex*, se fundió con *canon* en el término *nomocanones*, que fue el título de colecciones emitidas periódicamente por los emperadores bizantinos entre los siglos VI y X, combinando reglas seculares y eclesiásticas. Éstas a veces son olvidadas por los estudiosos del primitivo derecho canónico, así como los cánones emitidos por el emperador en Occidente entre los siglos VIII y X. El

Nomokanon en cincuenta títulos y el *Nomokanon en catorce títulos* son analizados en J. A. B. Mortreuil, *Histoire du droit Byzantin*, I (París, 1843), 217 y 481; véase también Zachariae von Lingenthal, *Die griechische Nomokanon*, en *Memoires de l'academie imperiale des sciences de S. Petersburg*, VII (San Petersburgo, 1977), 2. La *Ecloga*, promulgado por el emperador León III cerca del año 726, es reproducida en griego y se encuentra en traducción inglesa, en E. H. Freshfield, *Roman Law in the Later Roman Empire; The Isaurian Period: The Ecloga* (Cambridge, 1932). Véase también Mortreuil, *Histoire*, I, 357-372.

[6] Rudolph Sohm, *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians* (Leipzig, 1914).

[7] Stephan Kuttner, "Some Considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law" (documento leído en la Conferencia sobre Derecho y Humanidades, celebrada por el American Council of Learned Societies, Dumbarton Oaks, 12-13 de abril de 1950), p. 356. Añade el profesor Kuttner: "El contraste que Sohm *habría debido* señalar era entre dos diferentes modos de pensamiento jurídico, es decir, entre la racionalización dialéctica del siglo XII y el tradicionalismo lineal de los siglos anteriores".

[8] *Dictatus Papae*, cap. 7. Véase el capítulo II y la nota 12.

[9] Véase Gabriel Le Bras, Charles Lefebvre y Jacqueline Rambaud, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en occident*, vol. 7, *L'Age classique: Source et theorie du droit, 1140-1378* (París, 1965), p. 133.

Aquí no se ha hecho ningún intento por rescatar otra parte importante de la tesis de Sohm, a saber, que el tratado de Graciano pertenece a la época anterior del "antiguo derecho católico", que es esencialmente una exposición del derecho sacramental y que sólo después de Graciano se estableció una distinción marcada entre el poder sacramental (el poder de las órdenes) y el poder jurisdiccional. Por lo contrario, Graciano subraya la jurisdicción legislativa y judicial del papa y los obispos como algo que procedía de su cargo y no de sus poderes sacramentales. Stanley Chodorow se declara de acuerdo con Sohm en este respecto. Véase Chodorow, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century* (Berkeley, 1972), pp. 8-16. Pero también subraya (pp. 65 y 137) el hecho de que Graciano trata a la Iglesia como "comunidad jurídica", y atribuye al papa todo el poder legislativo y el supremo poder judicial.

[10] Véase Peter Stein, *Legal Evolution* (Nueva York, 1980). Stein afirma (p. ix) que "la evolución jurídica tiene una historia propia, que comienza en el siglo XVIII". En un estudio, que por lo demás es excelente, pasa por alto el hecho de que la "escuela histórica" de filosofía jurídica (Burke, Savigny y otros), que predicaba la evolución jurídica, se basó en una tradición consciente que data de los siglos XII y XIII.

[11] El *Corpus Iuris Canonici*, como se le llamó en el siglo XIII y después, fue establecido oficial y formalmente en 1580 y consistía en los textos siguientes: *1)* el *Decretum* de Graciano *(c.* 1140); *2)* el *Liber Extravagantium* (habitualmente llamado *Liber Extra),* una colección de decretales emitidas por el papa Gregorio IX (1234); *3)* el *Liber Sextus Decretalium* (o *Liber Sextus),* colección de decretales emitidas por el papa Bonifacio VIII (1298); y *4)* la *Clementinae*, colección de decretales del papa Clemente V (1305-1314) y el Concilio de Viena (1311-1312), emitido en 1314 y transmitido a las universidades por el papa Juan XXII en 1317. Además, aunque no oficialmente incluidos, estos dos textos, que fueron extraoficialmente compilados poco después del pontificado de Juan XXII, habitualmente se consideran como parte del *Corpus Iuris Canonici: 5)* la *Collectio Viginti Extravagantium* de Juan XXII (1316-1334), y *6),* las *Extravagantes Communes*. (El término *extravagantes* se refiere a las decretales que "se apartan" de los textos básicos: *decretales extra decreta vagantes.)* Además de estos textos básicos del derecho canónico clásico, había glosas que tenían autoridad, comentarios y sumas, de las cuales fueron las más importantes la *Summa* de Huguccio *(c.* 1190), y la *Glossa Ordinaria* de Juan *el Alemán* (Joannes Teutonicus) *(c.* 1215-1217).

La *Clementinae* de 1317 fue la última colección oficial de derecho canónico anterior al Concilio de Trento (1545-1563), la cual (en contra de las esperanzas de muchos) no dio por resultado la promulgación de una codificación general de derecho canónico, pero en cambio puso en vigor varios conjuntos importantes de regulaciones, como los de los deberes de los clérigos, sobre beneficios, sobre las órdenes religiosas, sobre el matrimonio y sobre la disciplina penitenciaria y los procesos penales. El efecto general del Concilio de Trento fue una intensificada centralización del poder en el papado y una expansión de la jurisdicción legal de la curia papal.

Las estructuras y reglas formales del derecho canónico no sufrieron cambios considerables en los siglos siguientes al Concilio de Trento. En 1904, el papa Pío X estableció una comisión para redactar un nuevo Código de Derecho Canónico; en 1914 se terminó la obra de la comisión, y en 1914 el papa Benedicto XV promulgó el nuevo *Codex Iuris Canonici*, para que entrara en vigor el 19 de mayo de 1918. El nuevo código era, en esencia, otra sistematización del derecho canónico de los siglos XII a XIV, revisado por el Concilio de Trento.

El 25 de enero de 1959, poco después de ascender al trono de San Pedro, el papa Juan XXIII (1958-1963) anunció que convocaría a un nuevo concilio ecuménico con el propósito de reformar la Iglesia católica romana y de promover una mayor unidad entre las divididas Iglesias cristianas del mundo (que fueron invitadas a enviar observadores al concilio); y, además, que establecería una comisión para que efectuara "la esperada y deseada modernización del Código de Derecho Canónico". Juan XXIII, Alocución del 25 de enero de 1959, *Acta Apostolicae Sedis* (Roma, 1959), pp. 51-68. Esta comisión se constituyó el 28 de marzo de 1963, encargada de hacer toda una revisión del Código que estuviese de acuerdo con el espíritu de reforma de los decretos del Segundo Concilio Vaticano de 1962-1965.

[12] Charles P. Sherman, "A Brief History of Medieval Roman Canon Law", en *Canadian Law Times*, 39 (1919), p. 638. La siguiente declaración de Sherman (p. 649) refleja las concepciones convencionales en Occidente durante el siglo XIX, por desgracia aún compartidas por muchos, aunque refutadas de manera convincente por virtualmente todos los especialistas contemporáneos en este campo:

> El *Corpus Iuris Canonici* es la hija mayor del *Corpus Iuris Civilis* del emperador romano Justiniano... Todos los grandes problemas del derecho y la jurisprudencia fueron resueltos definitivamente por los juristas romanos, y sus trabajos están registrados en el *Corpus Iuris Civilis;* los canonistas encarnaron muchas de sus soluciones literal o indirectamente en el *Corpus Iuris Canonici,* y con ello salvaron la civilización en Europa hasta que Europa estuvo lista [en el siglo XVI y en adelante] para acudir a las puras fuentes del derecho romano.

[13] Véase Robert E. Rodes, Jr., *Ecclesiastical Administration in Medieval England: The Anglo-Saxons to the Reformation* (Notre Dame, Ind., 1977), p. 66. En un libro que contiene atisbos valiosos pero que está completamente equivocado sobre este punto, afirma el profesor Rodes: "Las descripciones [de los canonistas] de cómo opera la ley, sus especulaciones teóricas sobre la naturaleza del derecho, su manera de clasificar las aplicaciones legales sobre cuestiones o fuentes, fueron tomadas todas ellas, directa o indirectamente, de los juristas romanos". Rodes cita, como el ejemplo más importante, el principio de la supremacía del papa, que, afirma, "recibió su forma jurídica de la *plenitudo potestatis*, por la analogía del lugar del emperador en derecho romano". Desde luego, es cierto que los canonistas se basaron parcialmente en textos romanos que se referían a la supremacía del *princeps* para justificar la supremacía del papa como "príncipe" de la Iglesia. Y, sin embargo, eran precisamente "especulaciones teóricas sobre la naturaleza del derecho" y sobre "la plenitud del poder" las que faltaban en el *Corpus Iuris Civilis* y que fueron aportadas por los canonistas.

[14] Véase Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili* (Colonia, 1975).

[15] El primer emperador franco, Carlomagno, coronado en el año 800, tomó el título de "Carlos, serenísimo Augusto, coronado por Dios, emperador grande y pacífico, que gobierna el Imperio romano". En Occidente, por entonces "Imperio romano" no tenía una clara connotación territorial, sino que se refería básicamente a los pueblos de la cristiandad occidental; la expresión "Imperio cristiano" se empleaba más a menudo que "Imperio romano". Otón II (m. 983), gobernante franco de Oriente, fue el primero en llamarse "emperador romano", y tras la fundación de la dinastía sálica por el sajón Conrado II en 1024, el término "Imperio romano" se utilizó en 1034 por vez primera para referirse a las tierras que estaban bajo su gobierno. En tiempos del emperador Federico I (Federico *Barbarroja)* (1152-1190), por primera vez se hizo referencia al "Sacro Imperio", pero el enunciado "Sacro Imperio Romano" no se empleó hasta el año 1254. Sólo después de doscientos años —en tiempo de Federico III (emperador de 1452 a 1493)— finalmente se concretó el título de "Sacro Imperio Romano de la Nación Germánica". Y, sin embargo, sin duda puede decirse que el "Imperio romano" de las dinastías sálica y Hohenstaufen era esencialmente germánico, y no romano. Véanse las notas 16 y 17.

[16] Algunos aún sostienen la opinión de que los pueblos germánicos de Occidente "recibieron" el derecho romano en los siglos XI y XII, como resultado de que el manto de la autoridad imperial romana había caído sobre el emperador franco Carlomagno y sus sucesores. Hasta Paul Koschaker afirma que, para los glosadores, la autoridad de los textos de Justiniano se basaba en el hecho de que el *Imperium Romanum* seguía viviendo en el Imperio del gober-

nante sajón Enrique IV y sus sucesores. Véase Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 3ª ed. (Munich y Berlín, 1958), pp. 70-71. Y, sin embargo, en realidad, aun dentro del "Imperio romano" de los reyes germanos, el derecho romano prevaleció directamente sólo en la medida en que se le consideró como una ley latente y subsidiaria, la cual "entraba en juego cuando el estatuto territorial y la costumbre le dejaban espacio"; de otra manera, su influencia sobre el derecho secular sólo fue indirecta, ya que su terminología y sus conceptos eran empleados como base para interpretar estatutos y costumbres. Véase Kuttner, "Role of Secular Law", p. 353. Como lo señala Kuttner, era ante todo el derecho canónico el que servía como instrumento de la "recepción" del derecho romano. Esto no equivale a decir que el derecho romano no fuese considerado como una ley viva o que los emperadores no fingieran a veces que el antiguo Imperio romano aún sobrevivía en sus personas. Véase la nota 17.

17 El emperador Federico *Barbarroja* en la Dieta de Roncaglia, en 1152, proclamó una nueva ley con respecto a los derechos de las universidades y ordenó que se intercalara en la sección apropiada del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. En realidad, toda la serie de decretos emitidos en Roncaglia fue promulgada de una manera que recordó la legislación imperial romana. Sin embargo, éste es un ejemplo raro, si no único, y Federico *Barbarroja* acabó por tener que abandonar su sueño de restaurar un estilo bizantino de gobierno. Véase el capítulo XIV.

18 En una extraordinaria digresión, dice Maitland, "El Decreto es poca cosa cuando se le compara con el Digesto", queriendo decir que la calidad intelectual de la obra de Graciano difícilmente podría considerarse del nivel de la jurisprudencia de los juristas romanos clásicos. Sir Frederick Pollock y Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2ª ed. (1898; reed., Cambridge, 1968), 24. Sin duda, Maitland no estaba pensando en el Digesto como tal, sino en el Digesto reconstruido por los romanistas medievales, en un conjunto de conceptos y definiciones más sólidamente entretejido e integrado, establecido de una vez por todas conteniendo soluciones intrincadas a difíciles problemas de lógica jurídica. Según esa norma, cualquier sistema de derecho parecerá "poca cosa" si su propósito es reflejar las condiciones reales de la sociedad y, así, cambiar para hacer frente a nuevas situaciones. La razón de que esta observación sea extraordinaria, es que Maitland no solía atribuir gran valor a la lógica jurídica en sí misma, y nunca habría aceptado un juicio similar sobre su propio y amado derecho común inglés.

19 "Es difícil precisar exactamente dónde ocurría el reconocimiento formal de la *plenitudo potestatis* del papa], pero ciertamente había empezado ya cuando Simón de Bisignano escribió su *Summa* (1177-1179)... y finalmente fue redondeada durante el pontificado de Inocencio III. La evolución del término en este periodo revela en un microcosmos todo un proceso de la formación de doctrinas canónicas." John A. Watt, *The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century: The Contribution of the Canonists* (Nueva York, 1965), p. 78.

20 *Decretum*, Dist. 19, c. 9, incorporando un texto anterior que afirmaba que el papa Anastasio, por causa de herejía, fue derribado por la voluntad divina. Véase la nota 21.

21 *Ibid.*, Dist. 29, ante c. 1. Graciano planteó la pregunta de si las palabras de tan grandes "expositores de la Sagrada Escritura" como San Jerónimo y San Agustín habían de preferirse a las decretales de un papa. Concluyó diciendo que los Padres de la Iglesia habían de ser preferidos en las exposiciones de la Sagrada Escritura, pero no al resolver asuntos legales, donde "no sólo es necesario conocimiento, sino también poder". Graciano no utilizó el término *jurisdictio* para distinguir la autoridad legal del papa, sino empleó el término *executio potestatis* ("ejecución de poder"), al que dio casi el mismo significado que sus sucesores dieron a *jurisdictio* en su análisis del poder del papa para decidir disputas, incluyendo las doctrinales. Como lo dice Brian Tierney,

> la autoridad que los canonistas atribuyeron al papa en cuestiones de fe era la autoridad de un juez supremo, no de un maestro infalible. Huguccio [sucesor de Graciano] consideró el caso de un papa que era un docto teólogo. Si contradecía a otro teólogo, su condición de papa no prestaría peso adicional a las ideas expresadas como maestro; pero todos sostendrían lo que decretara como papa *en la decisión de casos*. Si el papa erraba al decidir un caso en que interviniera una cuestión de fe, los canonistas confiaban en que el error sería corregido por el propio papa o por uno de sus sucesores (como en el caso de Anastasio [véase la nota 20]) antes de que toda la Iglesia se hubiese descarriado.

Brian Tierney, *Origins of Papal Infallibility, 1150-1350* (Leyden, 1972), p. 42. Tierney ha mostrado que no hubo una teoría de la infalibilidad papal antes de finales del siglo XIII, y que cuando surgió esta teoría, fue planteada como limitación a la autoridad papal: significaba

que las declaraciones infalibles de papas anteriores no podían ser alteradas por el papa en el poder en un momento dado. Véase también Tierney, *The Foundations of the Conciliar Theory* (Cambridge, 1955).

22 El título "cardenal" tuvo varios significados antes de mediados del siglo XI. Por entonces, los papas reformadores asignaron funciones en la Iglesia romana a obispos y sacerdotes "cardinales" de las 28 iglesias vecinas, que servían a las cuatro grandes basílicas de Roma, administrativamente, y no sólo (como antes), a funciones litúrgicas. También no romanos fueron elevados a cardenales, incluyendo, por ejemplo, a Humberto de Silva Candida, uno de los principales reformadores. De este modo, los obispos y sacerdotes cardenales por primera vez formaron un cuerpo administrativo del papado. Por decreto de Nicolás II en 1059, también se volvieron electores papales. Véase Stephan Kuttner, *"Cardinalis:* The History of a Canonical Concept", en *Traditio*, 3 (1945), 129-214; y *New Catholic Encyclopedia*, ed. 1967, artículo "cardinal".

23 Yves Renouard, *La Papauté à Avignon* (París, 1954), p. 29; en inglés como *The Avignon Papacy, 1305-1403* (Hamden, Conn., 1970). El año de 1378 marcó el comienzo del Gran Cisma (1378-1417), cuando dos cortes papales (y durante un tiempo, tres) reinaron en competencia. De 1309 a 1377 la sede del papado fue Aviñón, en la Francia meridional; este periodo llegó a ser llamado la Cautividad de Babilonia de la Iglesia de Dios.

24 Véase Gabriel Le Bras, *Institutions ecclésiastiques de la Chrétienté médiévale* (París, 1964), pp. 346-348.

25 La autoridad del legado papal fue proclamada por vez primera como principio general en el *Dictatus Papae*, en que Gregorio VII decretó *(Dictatus IV):* "Que su legado [es decir, del pontífice romano], aun si era de menor grado, toma precedencia, en un concilio, de todos los obispos y puede lanzar contra ellos una sentencia de deposición." Con el tiempo, los legados papales derivaron sus poderes de comisiones específicas.

26 Le Bras, *Institutions*, p. 414.

27 *Ibid.*, p. 419. Le Bras afirma:

> El clero veía con desconfianza la inserción en su administración temporal de este cuerpo, habitualmente compuesto por laicos. Pareció que se estaba violando un principio fundamental del derecho canónico [a saber, el canon de que "los laicos, por muy devotos que puedan ser, no tienen autoridad para disponer de la propiedad eclesiástica"]. Algunos concilios [locales] protestaron. Sin embargo, la antigua costumbre de participación de los feligreses en la vida temporal de la comunidad parroquial acabó por lograr la aceptación del cuerpo de *fabriciens*, quienes, para el siglo XIV, formaban algunas de las instituciones normales de la cristiandad.

28 Maitland afirma que la Iglesia era una estructura federal, en que había una doble subordinación del obispado: al arzobispado, por una parte, y al papado, por la otra. De manera similar, había una doble subordinación de la parroquia individual: al obispado y al papado. Así, en realidad, cada arzobispado era un Estado dentro de una unión federal de Estados. F. W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England* (Cambridge, 1898), pp. 101-105.

Una dificultad de este análisis es que la autoridad central, es decir, el papado, era omnicompetente; no había cuestiones reservadas exclusivamente a los "Estados". Por otra parte, si la Iglesia en los siglos XII y XIII debe considerarse como un Estado unitario, en contraste con una federación, sin duda estaba integrado por un enorme número de diversas subunidades, cada una de ellas con autonomía considerable.

29 George Size, "Thoughts on the Government of the Church in the Classical Period" (manuscrito en poder del autor, 1978), p. 4.

30 *Glossa Platina ad Dist. 19, c. 19*, cit. en Tierney, *Papal Infallibility*, p. 32. El término latino *arbitrium*, traducido aquí como "voluntad", fue traducido por Tierney como "juicio".

31 Paul Hinschius, *Das Kirchenrecht der Katholiken u. Protestanten in Deutschland*, III (Berlín, 1883), 769.

32 *Decretum*, Dist. 40, c. 6.

33 Tierney, *Conciliar Theory*, p. 57. A comienzos del siglo XIII, el canonista Alano, anticipándose a las teorías conciliares más extremas de los siglos XIV y XV, escribió: "Cierto es que sólo por herejía se puede juzgar a un papa contra su propia voluntad... pero así lo es en este crimen porque en cosas correspondientes a la fe, él es menos que el colegio de cardenales o que un concilio general de obispos". *Glossa ad Dist. 40 c. 6*, cit. en Tierney, *Papal Infallibility*, p. 52.

[34] La teoría de Huguccio es citada en Tierney, *Papal Infallibility*. No fue aceptada en la *Glossa Ordinaria*. Huguccio sostuvo que Graciano sólo mencionaba la herejía como ejemplo, porque de otra manera el papa podía ser acusado de herejía, aun si ésta no era notoria.

[35] Tierney, *Papal Infallibility*, p. 48.

[36] *Ibid.*, pp. 51, 53 y 89.

[37] Tierney, *Conciliar Theory*, p. 97.

[38] Una concisa revisión del derecho corporativo puede encontrarse en W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 2ª ed. (Cambridge, 1932), p. 175. Para un análisis excelente de la relación de los conceptos jurídicos romanos de la corporación con los modernos conceptos occidentales, véase P. W. Duff, *Personality in Roman Private Law* (Cambridge, 1938).

[39] Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vols. (Berlín, 1868-1913).

[40] Véase Pierre Gillet, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Décrétalistes et dans le Code du droit canonique* (Malinas, 1927), p. 61. Gillet analiza la teoría de los glosadores, es decir, de los romanistas, pero estas teorías eran, en esencia, las mismas de los canonistas, y muchas de ellas se derivaron de escritos canonistas. Gillet afirma que el término "corporación" se aplicaba a todo tipo de asociaciones, eclesiásticas y seculares, "que se habían formado para conservar a cada quien su justicia" (p. 70). Las palabras latinas *universitas, collegium, corpus* y *societas* se empleaban como sinónimos; también las "fundaciones" religiosas y civiles eran consideradas corporaciones. La asociación había de tener al menos tres miembros para poder ser considerada corporación. No se requería ninguna carta de principios ni forma particular de organización.

Según Plöchl, no se dio en este periodo una respuesta concluyente a la pregunta de hasta qué punto se requería el consentimiento de altas autoridades eclesiásticas para dar personalidad legal a entidades eclesiásticas particulares. Willibald M. Plöchl, *Geschichte des Kirchenrechts*, I (Viena, 1953), 175.

[41] Plöchl, *Geschichte*, p. 73.

[42] Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, vol. III. Indudablemente, el contraste es exagerado por Gierke, de quien se ha dicho que "es un artista que se deleita en subrayar que las corporaciones romanas dependían del Estado, para hacer más marcado el contraste con la libre *Genossenschaft* germana, de la cual él es historiador y profeta". Duff, *Personality*, p. 118.

[43] Gillet, *La personnalité juridique*, p. 76.

[44] *Ibid.*, pp. 77-78. Véase Walter Ullmann, "The Delictal Responsibility of Medieval Corporations", en *Law Quarterly Review*, 64 (1948), 77.

[45] Ya ha sido totalmente refutada la tesis de Gierke, de que la teoría "ficticia" de la corporación (a saber, que es una persona artificial la cual recibe su existencia y sus poderes de la autoridad política) se originó en el siglo XIII, en una decretal del papa Inocencio IV. Véanse Gillet, *La personnalité juridique*, p. 163; Duff, *Personality*, pp. 221-224; y Tierney, *Conciliar Theory*, p. 98. Gillet muestra que la teoría ficticia de los canonistas no es lo que creía Gierke. Los canonistas dijeron que, por ley *(finguntur)*, los miembros de una corporación *(universitas)* forman una persona. El célebre texto del papa Inocencio IV, que Gierke señala como establecimiento de la teoría de la ficción, dice: "Collegium in causa universitatis fingatur una persona": lo "colectivo" en una cuestión que incluya a la corporación "es tratado como si fuera" una persona. Pero esto no es decir que la corporación existe como entidad abstracta, independiente de sus miembros, o que la "esencia" de la corporación se encuentra en lo colectivo y los "accidentes" están en los miembros individuales. Ni Inocencio IV ni los otros canonistas crearon las otras teorías, ni se encuentran necesariamente implícitas en la idea de que la "personalidad legal" puede atribuirse a una colectividad o a un grupo, o, para el caso, a un fondo. Los canonistas de los siglos XII y XIII no eran, como supone Gierke, "exagerados realistas". Por lo contrario, la ley de la corporación desarrollada por ellos refleja una moderada opinión nominalista (véase la nota 48). Y, de no menor importancia, refleja la opinión de que la capacidad legal y los derechos y deberes legales de un grupo, así como la capacidad legal y los derechos y deberes legales de un individuo, se derivan de la misma fuente de la que se deriva todo derecho, incluso el divino y el natural, así como el derecho positivo de la Iglesia y de las entidades seculares. Inocencio IV habría dicho que dar a un grupo la capacidad de poseer bienes, de hacer contratos y de demandar y ser demandado no es más artificial o "ficticio" que dar esa capacidad a un individuo.

[46] Este punto fue establecido por Tierney, *Conciliar Theory*, p. 101.

[47] *Ibid.*, pp. 96 y 101.

[48] Tierney la llama una posición "realista moderada" *(ibid.*, p. 102). Sin embargo, a ese respecto cita la declaración del gran jurista Bartolo, del siglo XIV: "Todos los filósofos y canonistas [creen] que el todo no difiere en realidad *[realiter]* de sus partes", la cual es una declaración clásica de la opinión nominalista. Véase el capítulo III.

[49] *Ibid.*, p. 108.

[50] *Ibid.* Tierney observa que al principio hubo una tendencia a confundir los términos "consejo" *(consilium)* y "consentimiento" *(consentio)*.

[51] *Ibid.*, p. 111.

[52] *Ibid.*

[53] *Ibid.*, p. 117. Un ejemplo excelente del método jurídico empleado por los canonistas, que presenta Tierney *(ibid.*, pp. 103-104), es un pasaje de Bernardo Parmenso que trata de la pregunta de si un obispo puede demandar o responder a una acusación en el tribunal de derecho sin el consentimiento de su cabildo.

> Empezó por plantear la inevitable metáfora orgánica: el prelado y el cabildo no podían actuar por separado, ya que eran un solo cuerpo... pero pasó entonces a citar toda una serie de textos de derecho romano que parecían indicar la conclusión opuesta... Luego sacó su propia conclusión, sugiriendo que el prelado podía actuar por sí solo en ciertos tipos de casos en que no podían ser dañados los intereses de su iglesia, y observó incidentalmente que las reglas del derecho romano no eran obligatorias en casos eclesiásticos: *Nec in rebus ecclesiasticis stamus legibus illis sed canonibus...* Luego planteó las normas del derecho romano, como para mostrar que la metáfora orgánica no era el único modo de enfocar el problema, pero pasó a la solución que le pareció que sería la que más probablemente promovería el bienestar de la Iglesia.

Tierney concluye, con razón, que el método de tratar de conceptos y textos ejemplificado en este pasaje "nos lleva al meollo mismo de la realización de los canonistas".

> El mantenimiento de la vida ordenada en la Iglesia —nada menos— fue la tarea real a la que se enfrentaron los canonistas al tratar con el diluvio de litigios, habitualmente mezquinos en sí mismos, con respecto a la autoridad de las corporaciones eclesiásticas, y los derechos de sus diversos miembros. Fue una considerable realización intelectual el que ambos resolvieran los problemas inmediatos y, de paso, crearan una teoría sutil y armoniosa de la estructura corporativa.

Por cierto, fue Bernardo Parmenso el primero que estableció la triple clasificación de derechos pertenecientes al prelado, derechos del cabildo y derechos del prelado y del cabildo en conjunto.

[54] La máxima —*Quod omnes tangit omnibus tractari et approbari debet*— se refería a la regla de que cuando varios *tutores* tenían una tutoría *(tutela)* no dividida, su administración conjunta no podía disolverse sin el consentimiento de todos. Los romanistas y canonistas de los siglos XII y XIII unieron esta regla junto con otras varias reglas encontradas en el Digesto, que requerían el consentimiento de todos los que compartieran los derechos comunes, especialmente los de naturaleza procesal, cuando una de tales personas demandara o fuese demandada. De manera característica, aplicaron entonces el principio que encontraron subyacente en estas diversas reglas de transacciones con respecto a una corporación u otra comunidad, en que la transacción era para utilidad común y, por tanto, concluyeron, se requería el consentimiento de todos los miembros, o de una mayoría de ellos, o de la "parte más sana" *(sanior pars)*. Sin embargo, el alcance de esta doctrina quedó limitado por derivarse de requerimientos procesales y por su continua asociación con ellos. Puede encontrarse un análisis interesante en Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought* (Princeton, 1964), cap. 4, "A Romano-Canonical Maxim, *Quod Omnes Tangit*, en Bracton and in Early Parliaments".

VI. Elementos estructurales del sistema de derecho canónico

[1] Sobre derecho canónico de matrimonios en los siglos XII y XIII, véanse A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2 vols. (París, 1891); Gabriel Le Bras, "La doctrine du mariage chez les théologians et les canonistes depuis l'an mille", en *Dictionnaire de théologie catholique*, IX (1926), 2123-2317; y Willibald M. Plöchl, *Geschichte des Kirchenrechts*, II (Viena, 1955), 267-298.

[2] Gabriel Le Bras, "Canon Law", en C. G. Crump y E. F. Jacob (comps.), *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), p. 345. Este ensayo sigue siendo un resumen extremadamente útil de los principales rasgos del derecho canónico, incluida la ley del matrimonio, en el periodo anterior al siglo XVI.

[3] Sobre el derecho canónico de la herencia en los siglos XII y XIII, véanse Henri Auffroy, *Évolution du testament en France des origines au treizième siècle* (París, 1899); y Jerome Hannan, *The Canon Law of Wills* (Washington, D. C., 1934).

[4] Sir Frederick Pollock y Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2ª ed. (1898; reimpresión, Cambridge, 1968), I, 314, El donativo *post-obit* no fue sólo un recurso anglosajón; fue conocido por los normandos y tuvo paralelos entre otros pueblos germánicos.

[5] Just., Nov. 131.9, y 131.11.1 y 2. Véase en general Hannan, *Wills*, p. 334; F. H. Lawson, *The Roman Law Reader* (Nueva York, 1969), pp. 81-83 y 234. Véase también Demetrios Constantelos, *Byzantine Philanthropy and Social Welfare* (New Brunswick, N. J., 1968).

[6] Pollock y Maitland, I, 338-339.

[7] Véase Hannan, *Wills*, pp. 274-275.

[8] G. D. G. Hall (comp. y trad.), *The Treatise on the Laws and Customs of England Commonly Called Glanvill* (Londres y Edimburgo, 1965), p. 70.

[9] Sobre el derecho canónico de propiedad en los siglos XII y XIII, véanse Plöchl, *Geschichte*, p. 396; y Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, I (Weimar, 1950), 310 y 327.

[10] *Decretum*, C. 3 q. 1 c. 2.

[11] Véase Francesco Ruffini, *L'Actio Spolii* (Turín, 1889), p. 327.

[12] *Ibid.*, p. 244.

[13] Véase Just., C. 8.4.1.

[14] Véase D. 48.16.1.

[15] Just., I. 4.15.16.

[16] Sobre el derecho canónico de los contratos en los siglos XII y XIII, véanse Plöchl, *Geschichte*, p. 399; Timothy Lynch, *Contracts between Bishops and Religious Congregations: A Historical Synopsis and a Commentary* (Washington, D. C., 1947); y Alfred Söllner, "Die causa im Kondiktionen-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanoniken", en *ZSS (rom)*, 77 (1960), 182-269.

[17] D. 2.14.7.1.

[18] James R. Gordley, "The Search for a General Theory of Contract" (manuscrito en poder del autor, 1979), p. 48.

[19] *Ibid.*

[20] Söllner, "Causa", p. 240.

[21] Just., C. 4.44.8. El texto completo aparece en latín y en traducción inglesa, junto con un análisis del mismo, en Kenneth S. Cahn, "The Roman and Frankish Roots of the Just Price of Medieval Canon Law", en *Studies in Medieval and Renaissance History*, 6 (1969), 1.

[22] Eduardus Bocking, (comp.), *Corpus Legum sive Brachylogus Iuris Civilis* (Berlín, 1829), pp. 98-99, cit. en Cahn, "Roman and Frankish Roots", p. 18, n. 15.

[23] En una decretal del papa Alejandro III (1159-1181) se sostuvo que, en el caso de un bosque vendido por los canónigos de Beauvais a la abadía de Chablis —que el obispo de Arras calculó que se había vendido en menos de la mitad del precio justo—, no se pidió al comprador (como había decidido el obispo) que recuperara lo que había pagado y devolviera la propiedad, sino que se le dio la opción de pagar lo que faltaba para llegar al precio justo. Gregorio IX, *Decretales* 3.17.3, cit. en Cahn, "Roman and Frankish Roots", p. 25, n. 40.

[24] Véase J. R. Gordley, "Equality in Exchange", en *California Law Review*, 69 (1981), p. 1640.

[25] *Ibid.* Véase también John T. Gilchrist, *The Church and Economic Activity in the Middle Ages* (Nueva York, 1969), p. 274.

[26] Véase John Noonan, Jr., *The Scholastic Analysis of Usury* (Cambridge, Mass., 1957), p. 11.

[27] *Ibid.*, p. 506.

[28] *Decretum*, C. 14 q. 4, y 46, cc. 9 y 10.

[29] Gilchrist, *Economic Activity*, p. 107.

[30] Sobre el derecho canónico de procedimientos y pruebas en los siglos XII y XIII, véanse Plöchl, *Geschichte*, I, 88-90, y II, 311-338; R. B. Clune, *The Judicial Interrogation of the Parties*, CLS, núm. 269 (Washington, D. C., 1948); Alessandro Giuliani, "The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading", en *Juridical Review*, 62 (1969), 231-251.

[31] *De Vera et Falsa Poenitentia*, Migne, *PL* 40.1129.

[32] Giuliani, "Rhetoric".

[33] Véase Helmut Coing, "English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Common Law", en *Law Quarterly Review*, 71 (1955), 233.

[34] Mauro Cappelletti y Joseph M. Perillo, *Civil Procedure in Italy* (La Haya, 1965), pp. 35-36.

[35] Los canonistas afirmaron que la carga de la prueba de una afirmación recaía sobre la parte que la había formulado. Ésta puede ser una fuente de la doctrina de la suposición de inocencia. Sin embargo, con el virtual remplazo del procedimiento oral por el procedimiento escrito, los jueces empezaron a pedir a las personas acusadas que dieran explicaciones como respuesta a las imputaciones que se les hacían, lo que condujo (según M. J. Essaid) "a una virtual suposición de culpa". Véase M. J. Essaid, *La présomption d'innocence* (Rabat, 1971), p. 26, n. 15.

VII. Becket contra Enrique II: la competencia de jurisdicciones

[1] Véase Z. M. Brooke, *The English Church and the Papacy from the Conquest to the Reign of John* (Cambridge, 1952), cap. 12, "Stephen. The 'freedom of the Church'".

[2] *Ibid.*, pp. 188-190.

[3] Véanse Beryl Smalley, *The Becket Conflict and the Schools* (Oxford, 1973), p. 122; Charles Duggan, "The Becket Dispute and the Criminous Clerks", en *Bulletin of the Institute of Historical Research*, 35, núm. 91 (mayo de 1962), 1-28; James W. Alexander, "The Becket Controversy in Recent Historiography", en *The Journal of British Studies* (Hartford, Conn.), 9, núm. 2 (mayo de 1970), 1-26. Alexander refuta contundentemente la anterior posición anti-Becket adoptada por H. G. Richardson y G. O. Stayles en *The Governance of Medieval England* (Edimburgo, 1963).

[4] George Greenaway (comp. y trad.), *The Life and Death of Thomas Becket Chancellor of England and Archbishop of Canterbury Based on the Account of William Fitzstephen His Clerk with Additions from Other Contemporary Sources* (Londres, 1961), p. 22 (el relato de Greenaway está claramente en favor de Enrique).

[5] Sidney R. Packard, *Twelfth Century Europe: An Interpretive Essay* (Amherst, Mass., 1973), p. 286.

[6] Sir Frederick Pollock y Frederic William Maitland, *The History of English Law*, 2ª ed. (1898; reimpresión, Cambridge, 1968), I, 449.

[7] Aunque la posición que adoptamos aquí es apoyada por muchas autoridades, incluidas las citadas en la nota 3, no es bien vista por los historiadores ingleses de la política y la jurisprudencia, incluidos los citados en las notas 4 y 5. Una conocida biografía de Enrique II, que echa toda la culpa del conflicto a la intransigencia de Becket, subestima notablemente las exigencias de Enrique y, por consiguiente, también menosprecia las concesiones que hizo tras el martirio de Becket. Véase W. L. Warren, *Henry II* (Berkeley y Los Ángeles, 1973), pp. 462-464, 477-482 y 538-548. No estar de acuerdo con la posición en favor de Enrique no significa que no hubiese posibilidades de pactar, también por parte de Becket. Tanto Becket como Enrique adoptaron posiciones extremas de las que no pudieron salir. Sin embargo, decir, como lo hace Warren, que Becket era un gregoriano trasnochado que no comprendía su tiempo y estaba condenado al fracaso, es pasar por alto el hecho de que la revolución del papa Gregorio VII aún estaba muy viva durante el siglo XII. No sólo Becket, sino también el papa Alejandro III, denunciaron enérgicamente las Constituciones de Clarendon, acusando a Enrique de "usurpar... los poderes que corresponden a Jesucristo", y de "confundir la Iglesia y el Estado". Cit. *ibid.*, pp. 524 y 527.

[8] Véase Smalley, *Becket Conflict*, pp. 124-125.

[9] Véase David Knowles, *Thomas Becket* (Londres, 1970), pp. 18-84.

[10] Pollock y Maitland, I, 454, 455, 443, 447.

[11] Greenaway, *Life and Death of Thomas Becket*, p. 19.

[12] Debemos la doctrina peculiarmente inglesa de los beneficios de clerecía al martirio de Becket. Su ulterior desarrollo fue curioso, por decir lo menos. La prueba habitual de la condición clerical era la capacidad de leer y, con el paso del tiempo, esto hizo que más y más personas gozaran de la inmunidad. Para contener los abusos se desarrolló la regla de que sólo podía usarse una vez ese beneficio, fuese que el clérigo acusado quedara privado o no de su condición de clérigo después del primer delito. Para hacer más fácil la aplicación de esta regla se decretó en 1490 que un clérigo convicto sería marcado en el pulgar. (Se dice que esta práctica fue el origen de la expresión "regla del pulgar".)

Escribe Plucknett: "La Reforma habría parecido, a primera vista, un momento apropiado para abolir tan difícil vestigio de Roma pero, en realidad, la política fluctuó". En 1547 se extendió el beneficio de clerecía a los bígamos (antes, porque un sacerdote en las órdenes menores, aunque autorizado a casarse, perdía su condición clerical al cometer el pecado de casarse dos veces, o de casarse con una viuda, los bígamos habían sido excluidos de la inmunidad clerical) y también a los pares del reino, supiesen leer o no. (Los pares estaban exentos de la marca en el pulgar.) En el siglo XVII, el beneficio se extendió a las mujeres. "En 1707, todo el mundo era admitido, por la abolición de la exigencia de saber leer 'neck verse')".

> En realidad [comenta Plucknett] todo esto significa que la naturaleza del beneficio de clerecía había pasado por un cambio radical. En 1576 se decretó que los clérigos convictos ya no serían entregados al brazo ordinario, sino que en adelante serían destituidos, y así se rompió la última conexión del beneficio con la Iglesia o el clero, pero la misma ley autorizaba un año de prisión antes del cese, a discreción del tribunal. Desde antes de la Reforma, el Parlamento se había atrevido a decretar que los clérigos ya no estarían exentos del delito de pequeña traición... Después de la Reforma, una larga sucesión de estatutos hizo que los clérigos ya no quedaran exentos de los delitos de asesinato, piratería, asalto en despoblado, violación, robo en propiedad ajena y muchos otros delitos. El resultado fue importante. La brecha entre felonía y mala conducta era demasiado grande y, empleando el beneficio de clerecía, el Parlamento logró hacer que algunos delitos fuesen capitales si se cometían por primera vez (no clericales), y otros, no capitales, sólo por una segunda felonía (clericales). Así fue posible hacer una clasificación aproximada de los delitos en más de las dos categorías medievales. Este proceso siguió adelante al desarrollarse la política de la Ley de 1576, al condenar a las personas convictas de un latrocinio clerical a transportes durante siete años. De este modo, la supervivencia del clero modificó grandemente la dureza del derecho penal, y permitió el desarrollo de una escala graduada de castigos.

El beneficio de clerecía fue finalmente abolido en Inglaterra en 1827. Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5ª ed. (Boston, 1956), pp. 439-441.

13 Frederic W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England* (Londres, 1898), pp. 56-57.

14 "Aunque la teoría de la prerrogativa real sostendría que el rey siempre tenía el derecho de impedir que los tribunales eclesiásticos atendieran quejas que son de la jurisdicción real, sin embargo el decreto de prohibición como instrumento legal siempre es aprovechado por el litigante." G. B. Flahiff, "The Writ of Prohibition to Court Christian in the Thirteenth Century", parte II, en *Medieval Studies*, 7 (1945), 232.

15 *Ibid.*, p. 257.

16 *Ibid.*, p. 237.

17 *Ibid.*, p. 241, n. 71.

18 *Ibid.*, pp. 243-244.

19 *Ibid.*, pp. 244-245.

VIII. El concepto de derecho secular

1 El texto latino del *Policraticus*, editado por C. C. Webb, fue publicado por la Oxford University Press en 1909. Existe una traducción inglesa, titulada *The Statesman's Book of John of Salisbury, Being the Fourth, Fifth, and Sixth Books, Selections from the Seventh and Eighth Books, of the Policraticus*, trad. con introducción de John Dickinson (Nueva York, 1963). Un destacado historiador ha llamado a Juan de Salisbury "el sabio y estilista más consumado de su época". David Knowles, *The Evolution of Medieval Thought* (Nueva York, 1962), p. 135. Nacido en Inglaterra en 1115, Salisbury estudió doce años en Chartres siendo discípulo de Abelardo, de Gilberto de la Porree y de otros grandes maestros. A finales del decenio de 1140 sirvió al tribunal papal, y luego, durante muchos años, formó parte del séquito del arzobispo Tomás Becket. Fue exiliado por el rey Enrique II en 1164, pero se encontraba presente en Cantorbery en 1170 cuando Becket fue asesinado. También fue obispo de Chartres desde 1176 hasta su muerte, ocurrida en 1180. El *Policraticus* está dedicado a Becket.

2 Véase George H. Williams, *The Norman Anonymous of 1100* A.D., Harvard Theological Studies, vol. 18 (Cambridge, Mass., 1951).

3 *Ibid.*, p. 173.

4 Dickinson, *Salisbury*, p. lxxxi.

5 *Ibid.*, pp. lxxx-lxxxi.

6 *Ibid.*, p. lxxxii.

7 La *Política* de Aristóteles fue traducida cerca de 1260. El *De Regimine Principum* fue escrito por Tomás de Aquino en 1266.

8 El *Metalogicon*, de Juan de Salisbury, escrito el mismo año que el *Policraticus* (1159), se basó en la *Analytica Priora* y en *De Elenchis Sophisticis*, de Aristóteles, que habían sido traducidos entre 1128 y 1140.

9 R. W. Carlyle y A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Thought in the West*, 6 vols. (Londres, 1903-1936), II, 2; III, 140, 142-143 y 146.

10 Véase Dickinson, *Salisbury*, p. xl.

11 *Ibid.*, p. xxii.

12 Carlyle, *Medieval Political Thought*, IV, 333.

13 *Ibid.*

14 "San Agustín es indiferente al Estado como comunidad y territorio... Y, sin embargo, sí acepta ciertos elementos del antiguo concepto del Estado, a saber, las ideas de ley y de justicia, de orden y paz, que la República y el Imperio romanos habían tratado de hacer realidad dentro de su limitada concepción de los verdaderos objetivos de la humanidad... De este modo, el *imperium* terrestre y el *regnum* terrestre, en la medida en que son evaluados en sentido positivo por San Agustín, para él no son Estado como comunidades o territorios, sino formas y funciones del gobierno justo en la condición mixta en que se encuentra, en esta tierra, la Ciudad de Dios". Gerhart B. Ladner, "Aspects of Medieval Thought on Church and State", en *Review of Politics*, 9 (1947), 403-422.

15 Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. 2, *The Age of Reformation* (Nueva York, 1978), p. 353. Véase la nota 17. (Hay traducción en español del FCE: *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, II, *La Reforma*, trad. de J. J. Utrilla, México, 1986.)

16 *Ergo est... princeps potestas publica...* Webb, *Policraticus*, 5.1. Véase Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100-1322* (Princeton, N. J., 1964), p. 515, n. 42. Post apoya enérgicamente la opinión de que el concepto moderno del Estado se encuentra arraigado en el pensamiento jurídico de finales del siglo XI y de los siglos XII y XIII.

17 Las palabras en cursivas son las que fueron omitidas en la cita que aparece en el texto en la nota 15.

18 Desde luego, hay una enorme bibliografía sobre el surgimiento del concepto moderno del Estado. Véase Skinner, *Modern Political Thought*, II, ix-x: "El cambio decisivo fue el que se hizo dejando la idea de que el gobernante 'mantenía su estado' —donde esto simplemente significaba sostener su propia posición— a la idea de que hay un orden jurídico y constitucional separado, el del Estado, que el gobernante tiene el deber de conservar". Pero ese giro no se dio por primera vez en el siglo XVI, como dice Skinner, sino a finales del XI y en el XII, como se refleja en los escritos de Juan de Salisbury.

Sin embargo, Skinner pasa a adoptar una definición del Estado (que atribuye a Max Weber) como "la única fuente del derecho y de la fuerza legítima dentro de su propio territorio, y como único objeto apropiado de la lealtad de sus ciudadanos". Según esta definición, resulta dudoso que aún hoy los Estados Unidos de América pudiesen ser considerados como Estado, pues están gobernados en parte por el derecho internacional (incluyendo el derecho consuetudinario internacional, así como por tratados y acuerdos internacionales) y sus ciudadanos pueden tener otras lealtades (por ejemplo, religiosas).

19 Dickinson, *Salisbury*, p. 335.

20 *Ibid.*, pp. 4-5.

21 *Ibid.*, p. 351.

22 *Ibid.*, p. 212.

23 *Ibid.*, p. 213.

24 *Ibid.*, p. 258.

25 *Ibid.*, p. 85.

26 *Ibid.*, pp. lxxiii-lxiv (citando el *Policraticus* 3.15).

27 Algunos arguyeron que la ceremonia de consagración, que requería la participación del clero, era un sacramento por el cual el gobernante quedaba constituido en su cargo, y otros, que simplemente confirmaba su selección. Asimismo, algunos sostuvieron que la excomunión o lapso en la herejía o el cisma privaba las órdenes del gobernante de su autoridad legítima, y otros afirmaron que la legitimidad de tales órdenes dependía de su naturaleza y

propósito, y no de la presencia o ausencia de una censura eclesiástica del gobernante. Así, Graciano citó una carta escrita por Gregorio VII en que éste justificaba sus acciones contra Enrique IV remitiéndose a la participación del papa Zacarías I en la deposición de Childerico III, último rey merovingio, cuando Zacarías eximió a los francos de su juramento de lealtad a Childerico para que pudiesen jurar lealtad a su sucesor sin cometer perjurio. Rufino, discípulo de Graciano, analizaría después este caso según la naturaleza del juramento dado a Childerico y, más particularmente, si fue dado al rey en su capacidad de persona privada o por virtud de su cargo.

[28] Dickinson, *Salisbury*, p. 84.

[29] *Ibid.*

[30] *Ibid.*, p. 65.

[31] *Ibid.*, p. 9.

[32] *Ibid.*, p. 84.

[33] *Ibid.*, p. xliii.

[34] *Ibid.*, p. 191.

[35] *Ibid.*, p. 65.

[36] *Ibid.*

[37] Carlyle, *Medieval Political Thought*, I, 63-70 y 125-131. Todavía en el decenio de 1080, el partido papista había invocado la teoría del contrato para desafiar la autoridad del emperador, del que decía que "su cruel tiranía sobre sus súbditos" había puesto en claro que "el pueblo está libre de su señorío y de someterse a él, pues es evidente que él empezó por violar el contrato por virtud del cual había sido nombrado". Manegold de Lautenbach, cit. en Brian Tierney, *The Crisis of Church and State, 1050-1300* (Englewood Cliffs, N. J., 1964), p. 79. Añade Manegold:

> Tomando un ejemplo de una esfera más baja, si un hombre contrató a alguien por un salario justo para que cuide sus cerdos, y luego descubrió que no estaba cuidándolos, sino robándolos, matándolos y destruyéndolos, ¿no retendría ese hombre el salario prometido y lo echaría ignominiosamente de su tarea de cuidar a los cerdos?

Más adelante, en el mismo documento (p. 80) dice Manegold:

> Como nadie puede nombrarse a sí mismo emperador o rey, el pueblo eleva a un hombre por encima de sí mismo por esas razones, para que lo gobierne por virtud de su justa autoridad, para que dé a cada quien lo suyo, para que proteja a los buenos, para que reprima a los malos y para que haya justicia para todos. Empero, si viola el contrato por el que fue elegido... la razón considera justamente que ha absuelto al pueblo de su deber de sumisión a él, pues fue el primero en romper el vínculo de fidelidad mutua por el cual estaba atado a ellos, y ellos a él.

Juan de Salisbury, aunque partidario de la Revolución papal y enemigo de la tiranía real, no adoptó este argumento "izquierdista".

[38] Aristóteles, *Política* 1.1, en *The Basic Works of Aristotle*, ed. de Richard McKeon (Nueva York, 1941), p. 1127.

[39] Ladner, "Aspects of Medieval Thought", pp. 411-416.

[40] Véase Myron P. Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600* (Cambridge, Mass., 1941), pp. 15-36.

[41] D. 2.1.1 y 1.16.7.2. Véase John W. Perrin, "Azo, Roman Law, and Sovereign European States", en *Studia Gratiana*, 15 (1972), 92-94 y 97-101.

[42] Perrin, "Azo", p. 93.

[43] *Ibid.*, p. 95.

[44] *Ibid.*, p. 93.

[45] Véase Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N. J., 1970), p. 21.

[46] Véase Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theory* (Princeton, N. J., 1957), pp. 143-192.

[47] Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trad. de S. B. Chrimos (Oxford, 1939), pp. 83-84.

[48] Véase Ralph E. Giesey, *The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe* (Princeton, N. J., 1968).

[49] Carta Magna, 17 Juan (1215), caps. 12, 17, 38, 39, 40, 41, 42 y 45.

[50] Bula de Oro, caps, 1, 2, 3, 9, 14, 16, 23 y 28. Para el texto completo de la Bula de Oro de 1222, véase Henrik Marczali, *Enchiridion Fontium Historiae Hungarorum* (Budapest, 1902), pp. 134-143. Véase C. M. Knatchbull-Hugessen, *The Political Evolution of the Hungarian Nation*, I (Londres, 1908), 19-30.

[51] Véase la definición de Lord Dicey, condicionada por Roberto M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (Nueva York, 1976), pp. 273-274. Unger dice que la soberanía del derecho es un "orden legal", al que contrasta con el "derecho consuetudinario", por una parte, y con el "derecho burocrático", por la otra. Esto le lleva a la errónea opinión (p. 54) de que "el orden legal surgió con la moderna sociedad liberal de Europa", es decir, no antes del siglo XVII.

IX. El derecho feudal

[1] Marc Bloch, *Feudal Society* (Londres, 1961), p. 60.

[2] Georges Duby y Robert Mandrou, *A History of French Civilization*, trad. de J. B. Atkinson (Nueva York, 1958), p. 59; véase también Duby, *The Early Growth of the European Economy* (Londres, 1974). Compárese con Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381* (Londres, 1973), pp. 14-16; y David Herlihy (comp.), *The History of Feudalism* (Nueva York, 1970), p. 3.

[3] Véase Jean Richard, *The Latin Kingdom of Jerusalem*, vol. A (Nueva York, 1979), 67, donde el Reino de Jerusalén es descrito como "una utopía que el más puro teórico del derecho feudal habría podido soñar".

[4] Bloch, *Feudal Society*, pp. 62-63.

[5] Para un excelente análisis de estas invasiones, véase *ibid.*, pp. 3-56.

[6] Duby y Mandrou, *History of French Civilization*, p. 43.

[7] Véase Herlihy, *History of Feudalism*, pp. xiv-xv. Duby y Mandrou, *History of French Civilization*, p. 47, afirman que "a comienzos del siglo XI, los hombres se vieron obligados a tener una clara conciencia de [los deberes provocados por el homenaje]". Véase también Bloch, *Feudal Society*, pp. 219-224.

[8] El desarrollo inglés es analizado por Samuel Thorne, "English Feudalism: Estates in Land", en *Cambridge Law Journal*, 17 (1959), 193-209.

[9] El desarrollo de la heredabilidad de los feudos en varias partes de Europa es analizado en F. L. Ganshof, *Feudalism* (Nueva York, 1964), pp. 133-136.

[10] Bloch, *Feudal Society*, p. 195.

[11] *Ibid.*, p. 197.

[12] Ganshof, *Feudalism*, p. 78, declara que el beso "era simplemente un modo de confirmar las obligaciones contraídas por las dos partes, así como se empleaba para confirmar otras formas de contrato". La palabra "simplemente" puede ser engañosa. Todo el ritual por el cual se formaba el contrato simbolizaba efectivamente las obligaciones en que entraban las partes. En frase del filósofo de Oxford John Austin, las palabras y las acciones eran "locuciones creadoras". Hacían surgir lo que simbolizaban.

[13] Friedrich Heer, *The Medieval World: Europe, 1100-1350* (Nueva York, 1961), p. 37.

[14] *MGH*, Legum IV, I, pp. 90-91. Éste y unos ulteriores estatutos feudales fueron reunidos cerca del año 1100 en el *Consuetudines Feudorum* (después llamado *Libri Feudorum*). No cabe duda de que el estatuto de Conrado era conocido de quienes redactaron la Carta Magna. Véase Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages* (Londres, 1975), pp. 216 y 219.

[15] Sir Frederick Pollock y Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2ª ed. (1898; reproducido en Cambridge, 1968), I, 589.

[16] Felipe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. de A. Salmon, 2 vols. (París, 1970), I, secs. 294-301.

[17] Bloch, *Feudal Society*, p. 227, afirma: "El contrato de vasallaje ataba a dos hombres que, por definición, ocupaban diferentes niveles sociales".

[18] Heer, *Medieval World*, p. 40.

[19] Véase Herlihy, *History of Feudalism*, p. 98.

[20] *Ibid.*, p. xv. Sobre el *Libri Feudorum*, véase Heinrich Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Stuttgart, 1858), pp. 120-126, y Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages* (Londres, 1975), p. 217.

[21] Otras tempranas fuentes del derecho feudal fueron el *Statute* del conde Guillermo II

para el condado de Forcalquier en Provenza (1162), el *Assie au Comte Geoffroy* para Bretaña (1185) y la *Charte féodale* para Hainault (1200). Pueden encontrarse referencias en Ganshof, *Feudalism*, p. 68.

22 Bloch, *Feudal Society*, pp. 181-189.

23 Beumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, sec. 146.

24 Véase Frederic William Maitland, "The Mystery of Seisin", en *Law Quarterly Review*, 2 (octubre de 1886), 481-496.

X. El derecho señorial

1 Véase Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381* (Londres, 1973), p. 61.

2 El término *manerium* fue introducido en Inglaterra por los normandos en 1066, pero la institución misma llevaba existiendo ya mucho tiempo. Sin embargo, los pueblos escandinavos nunca desarrollaron un sistema señorial; los normandos que se establecieron en las partes occidentales del Imperio franco a comienzos del siglo X lo adoptaron de los francos.

3 Felipe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. de A. Salmon, II (París, 1970), secs. 1451-1453, y Georges Hubrecht, "Commentaire historique et juridique", *ibid.*, III (París, 1974), pp. 184-186.

4 De acuerdo con el derecho feudal y señorial, un siervo no podía ingresar en las órdenes mayores sin autorización de su señor, y según el derecho canónico, nadie podía ser ordenado a menos que fuera libre. No obstante, debió de ser considerable la presión por liberar a un siervo que deseara ser ordenado o permitir que un siervo enviara a sus hijos a estudiar para recibir las órdenes mayores, como lo muestra el hecho que un buen número de clérigos eran ex siervos.

5 Véase la nota 4. Asimismo, se requería la autorización del señor, pero negar esa autorización era arriesgarse a la condenación eterna.

6 Los juristas canónicos convinieron, unánimemente, en que la esclavitud era contraria al derecho natural, aunque también hubiese un acuerdo general en que era legal según el derecho positivo.

> La Iglesia dio todo el peso de su autoridad a las cláusulas del derecho romano que limitaban el poder arbitrario del amo y protegían al esclavo, y dio la sanción de sus propios castigos a la aplicación de esas leyes, mientras que en relación con el matrimonio del esclavo, llegó más allá que [el derecho romano de Justiniano].

R. W. Carlyle y A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Thought in the West*, II (Londres, 1909), 129. De ese modo, según el derecho canónico era válido el matrimonio entre una persona libre y una esclava. Graciano reproduce una declaración de San Gregorio Magno,

> en que describe el propósito de la Encarnación diciendo que fue romper la cadena de la esclavitud por la cual los hombres estaban sujetos, y devolverles su libertad primitiva; y dice que, por ello, es buena acción devolver a los hombres que en el principio fueron creados por la naturaleza libres, y a quienes la ley de las naciones ha sometido al yugo de la esclavitud, aquella libertad en que habían nacido.

Ibid., p. 135. Véase también Marc Bloch, *Feudal Society*, trad. de L. A. Manyon (Londres, 1961), p. 259.

7 Hilton, *Bond Men*, p. 65.

8 Perry Anderson, *Passages from Antiquity to Feudalism* (Londres, 1974), pp. 149 y 185.

9 Hilton, *Bond Men*, pp. 69-70.

10 Achille Luchaire, cit. en Maurice Dobb, *Studies in the Development of Capitalism* (Londres, 1946), p. 46.

11 *Ibid.*, p. 46.

12 Ephraim Lipson, *Economic History of England*, 7ª ed., I (Londres, 1937), 92-94.

13 Anderson, *Passages*, pp. 152-153.

14 Beaumanoir, sec. 1043.

15 *Ibid.*, sec. 295.

16 Véase John P. Dawson, *A History of Lay Judges* (Cambridge, Mass., 1960), p. 194.

17 Rodney H. Hilton, *A Medieval Society* (Londres, 1966), pp. 150-151.

18 Véase W. O. Ault, *Open-Field Farming in Medieval England: A Study of Village By-Laws* (Londres, 1972), pp. 145-174, donde se reproducen los rollos del tribunal señorial, en traducción al inglés moderno.

19 *Ibid.*, p. 151. Este caso surgió en 1290, pero habría surgido fácilmente 150 años antes.

20 *Ibid.*, p. 157.

21 *Ibid.*, pp. 81-144, donde se reproducen dichas leyes.

22 Anderson, *Passages*, p. 148.

23 En 1702, Lord Holt sostuvo que no se podía vender a un negro de acuerdo con el derecho inglés, y que "cuando un negro entra en Inglaterra se vuelve libre; en Inglaterra se puede ser villano, pero no esclavo". *Smith* v. *Brown and Cooper*, 2 Salk. 666 (1702).

24 Beaumanoir, sec. 15.

25 *Encyclopaedia Britannica*, 1969 ed., artículo "*Serfdom and villeinage*", 246-247 (Rodney H. Hilton).

XI. El derecho mercantil

1 Véanse en general Robert S. Lopez, *The Commercial Revolution of the Middle Ages*, 950-1350 (Englewood Cliffs, N. J., 1971); Robert S. Lopez e Irving W. Raymond (comps.), *Medieval Trade in the Mediterranean World: Illustrative Documents with Introductions and Notes* (Nueva York, s. f.); y Raymond de Roover, *Business, Banking, and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe* (Chicago, 1974).

2 Véase Norman J. G. Pounds, *An Historical Geography of Europe*, 450 B. C.-A. D. 1330 (Cambridge, 1973).

3 Véase Lopez, *Commercial Revolution*, cap. 3.

4 Henri Pirenne, *Economic and Social History of Medieval Europe* (Nueva York, 1937), pp. 48-49 (hay edición en español del FCE: *Historia económica y social de la Edad Media*, trad. del francés de Salvador Echavarría, México, 1994).

5 *Ibid.*, p. 14. Pirenne cita la frase de Levin Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelrechts*, I (Stuttgart, 1891), 139: "Homo mercator vix aut numquam potest Deo placere". Pirenne no menciona que esto fue dicho antes por San Juan Crisóstomo (349-407), y que la cita continúa así: "Por tanto, ningún cristiano debe ser mercader, y si desea ser uno, debe ser expulsado de la Iglesia de Dios". Esto refleja el espíritu del monasticismo antes de finales del siglo XI, pero difícil sería decir que refleja el espíritu de la Iglesia romana, en cruzada, de Gregorio VII y sus sucesores.

6 Pirenne, *Economic and Social History*, p. 28. Pirenne cita un episodio de la vida de San Gerardo de Aurillac, quien falleció en 909, sin observar que ocurrió un cambio dos siglos después. Escribe (pp. 28-29):

> De principio a fin, la Iglesia siguió considerando el lucro comercial como peligro para la salvación. Su ideal ascético, perfectamente apropiado para una civilización agrícola, siempre le hacía desconfiar de los cambios sociales que no podía impedir, y a los cuales la necesidad la obligaba a someterse, pero con los cuales nunca se reconcilió abiertamente. Su prohibición de los intereses pesaría mucho sobre la vida económica de siglos posteriores. Impedía a los comerciantes enriquecerse con la conciencia tranquila, y les impedía reconciliar la práctica de los negocios con las prescripciones de la religión. Como prueba de ello, sólo necesitamos leer los muchos testamentos de banqueros y especuladores ordenando que se les pagara a los pobres lo que se les había defraudado, y legando al clero una parte de la propiedad que, en el fondo de su corazón, consideraban mal habida.

Pero esto se basa en una errónea teoría psicológica así como en una visión muy simplificada de la posición de la Iglesia.

7 Max Weber propuso, primero, su tesis que conectaba el surgimiento del capitalismo con la Reforma en "Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vols. 20 y 21 (1904-1905). La traducción inglesa se publicó como *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Mientras tanto, la tesis de Weber había sido más elaborada por Ernst Troeltsch en *Die sozialen Lehren der christlichen Kirchen und Gruppen* (Tubinga, 1912), y atacada con encono por Werner Sombart en *Der Bourgeois* (Munich, 1913). En *Religion and the Rise of Capitalism* (Nueva York, 1926), R. H. Tawney siguió la tesis de Weber, datando el surgimiento del capitalismo en la época de la Reforma,

mientras atribuía mayor importancia a otros acontecimientos sociales y económicos. Sin embargo, otros estudiosos han afirmado que el capitalismo es anterior a la Reforma. Véanse H. M. Robertson, *Aspects of the Rise of Economic Individualism* (Cambridge, 1933); y Amintore Fanfani, *Catholicism, Protestantism, and Capitalism* (Nueva York, 1935). Para un artículo reciente que defiende la tesis de Weber, véase Ehud Sprinzak, "Weber's Thesis as an Historical Explanation", en *History and Theory,* 11 (1972), 294. Fragmentos de gran parte del material anterior aparecen en Robert W. Green, *Protestantism and Capitalism: The Weber Thesis and Its Critics* (Boston, 1959).

8 Véase también *Mc,* 10:23-25 ("¡Qué difícil es que los que tienen riquezas entren en el Reino de Dios!"). Durante todo el tiempo, el hincapié no se hace en el mal de tener riquezas, sino en el mal de amar las riquezas.

9 Véase el capítulo V.

10 Véase Henri Pirenne, *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade,* trad. de Frank D. Halsey (Princeton, N. J., 1925), pp. 157 y 158.

11 Cit. en F. M. Burdick, "Contributions of the Law Merchant to the Common Law", en *Select Essays in Anglo-American Legal History,* III (Boston, 1909), 50.

12 Gerard Malynes, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant* (Londres, 1622), del prefacio, "To the Courteous Reader".

13 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* I (Portland, 1807), 273.

14 William Mitchell, *An Essay on the Early History of the Law Merchant* (Cambridge, 1904), p. 7.

15 *Ibid.,* p. 9.

16 Véase Levin Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts,* I (Stuttgart, 1891), 119.

17 *Ibid.*

18 Carta Magna, 17 Juan (1215), cap. 41. El capítulo continúa:

> ...excepto en tiempo de guerra, los comerciantes que sean de un país en guerra con Nosotros. Si alguno de ellos se encontrara en Nuestro dominio al estallar la guerra, serán detenidos, sin daño de sus personas ni de sus bienes, hasta que sea conocido de Nosotros o de Nuestra Judicatura cuántos comerciantes Nuestros se encuentran en el país en guerra con Nosotros, y si Nuestros mercaderes están a salvo ahí, entonces ellos estarán a salvo entre Nosotros.

19 Hubert Hall (comp.), *Select Cases concerning the Law Merchant,* III (Londres, 1932), 175.

20 Goldschmidt, *Universalgeschichte,* pp. 180-182.

21 Véase Mitchell, *An Essay,* pp. 14-16. Escribe Mitchell:

> En Marsella, donde la existencia de jueces mercantiles data del siglo XII, era su deber decidir los casos y disputas "sumariamente, sin consideración a las sutilezas de la ley". La Hansa alemana, el Almirantazgo inglés y el francés aplicaban justicia sumaria. Para el extranjero de paso, o para el comerciante extranjero en camino, por lo general la regla era una justicia especialmente expedita.

22 El documento se reproduce en G. F. Sartorius Freyherrn von Waltershausen, *Urkundliche Geschichte des Ursprunges der deutschen Hanse,* ed. de J. M. Lappenberg, II (Hamburgo, 1830), 3. Se encuentra en forma de una orden de Enrique a sus jueces, alguaciles mayores y "todos sus servidores y fieles" en Francia e Inglaterra, de "guardar y mantener y proteger a los ciudadanos y mercaderes y hombres de Colonia y toda su propiedad *[res]* y posesiones... como mías propias *[sicut meas proprias]".* Un segundo documento, impreso en la página 4 del mismo volumen, reafirma la orden de guardar y mantener y proteger a "los hombres y ciudadanos de Colonia, como hombres y amigos míos, y todas sus propiedades y mercancías y posesiones", y añade que "no les exigiréis nuevos derechos ni impuestos que... no estuvieran acostumbrados a pagar". Estas dos leyes fueron emitidas en Woodstock y Northampton, respectivamente, pero no tienen fecha. (Enrique II reinó de 1154 a 1189.) Puede presumirse que el gobierno de la ciudad de Colonia correspondió dando una protección similar a los comerciantes ingleses que hubiese allí.

23 Véase el capítulo VI.

24 El decreto se reproduce, traducido, en Lopez y Raymond, *Medieval Trade,* pp. 276-277. Declara que el dux y el concejal consideran que

> si instrumentos de cambio y otros contratos comerciales, por escrito o no, no pudieran cobrarse por causa de impedimentos de esta índole, esto resultaría en gran pérdida e inconveniencia para los ciudadanos y comerciantes genoveses, que de ordinario hacen tales contratos, y que de otra manera no podrá efectuarse ningún comercio, ni se enviarán navíos en sus viajes.

25 Goldschmidt, *Universalgeschichte,* pp. 170-171.

26 Estatuto de Bienes Básicos, 27 Eduardo III (1353).

27 Mitchell, *An Essay,* pp. 14-17 y 20.

28 Decretal "Saepe Contingit" del papa Clemente V (1306), *Corpus Iuris Canonici, Decretalium Collectiones* (Leipzig, 1881), p. 1200.

29 "Item propter personas qui celeren habere debent iustici iusticiam, sicut sunt mercatores quibus exhibetur iustitia pepoudrous." Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae,* fol. 333, en Samuel Thorne, *Bracton on the Laws and Customs of England,* IV (Cambridge, Mass., 1977), 63.

30 En el derecho alemán y el francés, el derecho del comprador (de buena fe) de bienes contra su verdadero propietario se expresa en las máximas "Hand wahre Hand" y "Meubles n'ont point de suite". En el derecho inglés, la doctrina queda limitada a las transacciones en el *open market* (mercado abierto).

31 Goldschmidt, *Universalgeschichte,* p. 133, llama a esto "die Materialisierung des Besitzrechts". Se aplicaba tanto a la tierra como a los bienes muebles.

32 El préstamo marítimo *(foenus nauticum)* era un préstamo, no asegurado, hecho a un comerciante que enviara artículos a ultramar, pagadero a condición de que el navío retornara a salvo. Las tasas de interés eran muy altas; en los siglos XI y XII, generalmente eran de 50%. Los juristas occidentales inventaron una variación de ello, la *respondentia,* que requería que el capital y el interés fuesen pagados si el cargamento llegaba a su destino, pasara lo que pasara al navío. El préstamo sobre casco y quilla, aunque sólo era pagadero si el navío retornaba, era menos costoso, pues quedaba asegurado por la transferencia al prestamista del embargo al cargamento del vendedor y el interés del vendedor en el propio navío. El préstamo marítimo fue considerado usurario y por último condenado por el papa Gregorio IX en 1236. Véase Raymond de Roover, "The Organisation of Trade", en *Cambridge Economic History of Europe,* comp. de M. M. Postan, E. E. Rich y Edward Miller, III (Cambridge, 1963), 54.

33 La mayor parte de esta lista puede encontrarse en Goldschmidt, *Universalgeschichte,* a partir de la p. 133.

34 "Vel ei cui ordinaverit". *Ibid.,* p. 135, n. 145. Goldschmidt cita a Heinrich Brunner, en el sentido de que papel de "orden" se había empleado en Italia desde el siglo VI en varias fórmulas estereotipadas, pero Goldschmidt dice que en la forma que corresponde al uso moderno ("a *X* o a su orden" o "a la orden de *X*") apareció por vez primera en Italia en el siglo XII y en Alemania en el XIII. En Italia se había empleado papel al portador desde el siglo IX, según Goldschmidt, pero en Flandes y en Francia sólo desde finales del XIII, y en Alemania desde finales del XIV.

35 Lopez, *Commercial Revolution,* p. 72.

36 Goldschmidt, *Universalgeschichte,* p. 306.

37 *Ibid.,* p. 176.

38 Lopez, *Commercial Revolution,* p. 73.

39 De Roover, "The Organisation of Trade", p. 50.

40 *Ibid.*

41 Véase S. A. Bewes, *The Romance of the Law Merchant* (Londres, 1923), pp. 20 y 21.

42 Véase F. Edler de Roover, "Early Examples of Marine Insurance", en *Journal of Economic History,* 5 (1945), 172, 183 y 198.

43 Se inventaron nuevos sistemas de crédito que no se encontraban en el mundo grecorromano ni entre los pueblos germánicos, aunque sí hubiese algunos paralelos entre los árabes. Lopez ve el desarrollo y la expansión del crédito fundamentalmente como un retoño del mismo espíritu de cooperativa que condujo a la creación de las comunas urbanas en este período. Véase Lopez, *Commercial Revolution,* pp. 71-73.

44 Goldschmidt, *Universalgeschichte,* p. 36. Goldschmidt arguye que ciertos tipos de transacciones legales, como el derecho mismo, están sujetos a una "doble ley de desarrollo", a saber, una "ley de desenvolvimiento (diferenciación)", y una "ley de simplificación". Con esta segunda ley, al parecer quiere dar a entender la simplificación conceptual, o una creciente

generalización. Esta ley parece dudosa, particularmente aplicada a las transacciones comerciales, que parecen volverse no sólo más y más complejas (lo que tal vez sea parte de su "diferenciación"), sino también cada vez menos susceptibles de una integración conceptual.

XII. El derecho urbano

1 Henri Pirenne, *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade*, trad. de Frank D. Halsey (Princeton, N. J., 1925), p. 56.

2 Véase Lewis Mumford, *The City in History: Its Origins, Its Transformations, and Its Prospects* (Nueva York, 1961), p. 253.

3 Robert S. Lopez, "The Trade of Medieval Europe; The South", en *Cambridge Economic History of Europe*, comp. de M. M. Postan, E. E. Rich y Edward Miller, II (Cambridge, 1963), 297-298. Véase también R. S. Lopez, *The Birth of Europe* (Nueva York, 1967), pp. 260-262.

4 "Omnes burgenses et tota communa liberorum hominum habeant wambais et capellet ferri et lanceam." Assize of Arms, art. 3, en William Stubbs (comp.), *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History*, 9ª ed. rev. (Oxford, 1951), p. 153. Comenta Stubbs: "El uso de las palabras *communa liberorum hominum*, en el Artículo 3... nos da una especie de clave de la tendencia política de toda la Ley".

5 Véase Maxime Rodinson, *Marxism et Monde Muselman* (Cambridge, Mass., 1972), p. 106. Una opinión diferente expone Ira M. Lapidus, Muslim Cities in the Late Middle Ages (Cambridge, Mass., 1967).

6 Véanse Norman J. G. Pounds, *An Historical Geography of Europe, 450 B. C.*-1330 A. D. (Cambridge, 1973); J. C. Russell, *Late Ancient and Medieval Population, Transactions of the American Philosophical Society*, vol. 48, pt. 3 (Filadelfia, 1958), pp. 60-62; Lopez, *Birth of Europe*, pp. 258-270; y Lopez, "Trade of Medieval Europe", pp. 293-304.

7 Lopez, "Trade of Medieval Europe", p. 303.

8 Mumford, *City in History*, p. 260.

9 Véase Wilhelm Reinecke, *Geschichte der Stadt Cambrai bis zur Erteiling der Lex Godefridi (1227)* (Marburgo, 1876).

10 Véase Albert Vermeesch, *Essai sur les origines et la signification de la commune dans le nord de la France (onzième et douzième siècles)* (Heule, Bélgica, 1966).

11 Véanse L. H. Labande, *Histoire de Beauvais et des ses institutions communales jusqu'au commencement du quinzième siècle* (París, 1892), pp. 62 y 64; y Carl Stephenson, *Borough and Town: A Study of Urban Origins in England* (Cambridge, Mass., 1933), p. 37. No se conoce la fecha de la cédula de Luis VI; pudo ser el año 1122. Tampoco se conoce el año preciso del establecimiento de la comuna, aunque a veces se ha propuesto el año 1099.

12 Lancelin de Bulles, uno de los principales terratenientes, se apropió gran parte de la morada episcopal para su propio uso, y logró que su hijo Fulk fuese elegido obispo en 1089. Véase Labande, *Histoire de Beauvais*, cap. 4.

13 *Ibid.*

14 Stephenson, Borough and Town, p. 38. Véase también Charles Petits-Dutailles, *Les Communes françaises* (París, 1947).

15 Stephenson, Borough and Town, pp. 29 y 30. Véanse también Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free* (Londres, 1973), p. 81; y Maurice Prou, *Les coutumes de Lorris et leur propagation aux douzième et treizième siècles* (Lorris, 1884).

16 D. Ainé, *Histoire de Montauban* (Montauban, 1855); Stephenson, *Borough and Town*, p. 32.

17 Stephenson, *Borough and Town*, pp. 30 y 31.

18 *Ibid.*, p. 34.

19 *Ibid.*, p. 35.

20 Stephenson dice que Saint-Omer tuvo que abandonar sus derechos al año siguiente, pero que entonces se dio a los ciudadanos el derecho de recabar sus propios impuestos para una renta fija. *Ibid.*

21 *Ibid.*, p. 24.

22 La información contenida en esta sección se deriva de los libros siguientes: Paul Strait, *Cologne in the Twelfth Century* (Gainesville, Fla., 1974); Richard Koebner, *Die Anfänge des Gemeinwesens der Stadt Köln* (Berlín, 1922); Thea Buyken y Hermann Conrad, *Die Amtleutebücher der Kölnischen Sondergemeinden* (Weimar, 1936); Carl Hegel, *Die Chroniken der deutschen Städte vom 14. bis ins 16. Jahrhundert*, vol. 12, *Köln* (1875; reimpr: Gotinga, 1968); Elisabeth Rütimeyer, *Stadtherr und Stadtbürgerschaft in den rheinischen Bischofsstädten: Ihr Kampf um die Hoheitsrechte im Hochmittelalter* (Stuttgart, 1928): Arnold Stelzmann, *Illustrierte Geschichte* der Stadt Köln, 3ª ed. (Colonia, 1962); Edith Ennen, *Die europäische Stadt des Mittelalters*, 2ª ed. (Gotinga, 1975). Véase también Friedrich Lau, *Entwicklung der Kommunalen Verfassung und Verwaltung der Stadt Köln bis zum Jahre 1396* (Bonn, 1898).

23 Stephenson, *Borough and Town*, pp. 33-35. Véase también Franz Beyerle, *Untersuchungen zur Geschichte des aelteren Stadtrechts von Freiburg im Breisgau* (Heidelberg, 1910), p. 75.

24 M. V. Clarke, *The Medieval City State: An Essay on Tyranny and Federation in the Late Middle Ages* (Londres, 1926), pp. 15-16.

25 Una lista completa de ciudades madres y ciudades hijas aparece en Hans Reichard, *Die deutschen Stadtrechte des Mittelalters* (Berlín, 1930), pp. 76-79.

26 Esto es tanto más importante cuanto que la ciudad de Magdeburgo fue casi totalmente destruida por un incendio en 1631 y sus archivos se consumieron, de modo que virtualmente toda la información disponible concerniente a la ley de Magdeburgo procede de archivos de otras ciudades que la acogieron. Véanse Georg Piltz, *Magdeburg: Stadt am Strom* (Dresde, 1954), pp. 52-54; y F. A. Wolter, *Geschichte der Stadt Magdeburg von ihrem Ursprung bis aud die Gegenwart*, 3ª ed. (Magdeburgo, 1901), p. 162.

27 Los nueve artículos de la primera ley de Magdeburgo, en latín, se reproducen en Paul Laband, *Magdeburger Rechtsquellen zum akademischen Gebrauch* (Königsberg, 1869), pp. 1-3.

28 Las leyes de Wroclaw y de Görlitz, de 1261 y 1304, respectivamente, en alemán antiguo, se reproducen *ibid.*, pp. 14-31, y en Ernst Theodor Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hasllische Recht: Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte (Wroclaw, 1826), pp. 229-323.

29 Paul Laband, *Das Magdeburg-Breslauer systematische Schoeffenrecht aus der Mitte des XIV. Jahrhundert* (Berlín, 1863).

30 Stephenson, *Borough and Town*, p. 120.

31 *Ibid.*, pp. 152, 153, 165 y 166.

32 *Ibid.*, p. 143.

33 *Ibid.*, p. 180. Véanse también Christopher N. L. Brooke, *London, 800-1216: The Shaping of a City* (Londres, 1975); y Mary Bateson, "A London Municipal Collection of the Reign of John", en *English Historical Review*, 17 (1902), 480-511 y 707-730.

34 Cédula de Enrique I a los ciudadanos de Londres, Stubbs, *Select Charter*, pp. 107-108.

35 En 1086, York tenía un cuerpo de burgueses y cuatro judices superiores a ellos, de acuerdo con el *Domesday Book;* esto probablemente representó un vestigio de instituciones anteriores a la Conquista. En el decenio de 1170 se hizo un fallido intento por establecer una comuna en York. En 1203 York recibió una cédula del rey, y después reclamó el *status* de comuna, así como Winchester, cuyo gremio mercantil había recibido concesiones de libertades y costumbres de Enrique II y posiblemente de Enrique I. Nuevas cédulas para Winchester, otorgadas por Ricardo y por Juan, dieron a sus ciudadanos inmunidad a procesos fuera de las murallas de la ciudad y un gobierno autónomo de ésta. Véanse Peter Werham, *York* (Londres, 1971), pp. 62-83; G. W. Kitchin, *Historic Towns: Winchester* (Londres, 1891), p. 163; B. B. Woodward, *History of Winchester* (Winchester *[c.* 1900]); y J. E. A. Joliffe, *The Constitutional History of Medieval England* (Londres, 1937), pp. 321-326.

También deben mencionarse los *Cinque Ports*, que originalmente consistían en cinco poblados (Hastings, Romney, Hyth, Dover y Sandwich), aunque en varias ocasiones se unieron más de treinta poblados. Los poblados daban un servicio anual de navíos a la Corona para su defensa a cambio de privilegios comunales. Las raíces de este acuerdo se remontan a los primeros años del siglo XII, y quedó totalmente definido en tiempos de Enrique II. En 1205, las poblaciones recibieron por primera vez cédulas individuales. En 1260 fue emitida una cédula general para varios poblados, colectivamente. Sin embargo, parece que no hubo un documento formal, escrito, de federación o de otra constitución oficial. Los abundantes privilegios de que disfrutaban las ciudades incluían un tribunal común de justicia, liberación de peajes y otros cargos, libertad de jurisdicción fuera de sus límites y ferias anuales. Véase K. M. E. Murray, *Constitutional History of the Cinque Ports* (Manchester, 1935), pp. 1-27.

36 Todo el texto de la Cédula de Ipswich aparece en Charles Gross, *The Gild Merchant: A Contribution to British Municipal History*, 2 vols. (Oxford, 1890), II, 115-116. La expresión utilizada para designar la tenencia vitalicia de los prebostes —que servirían "en buena conducta" *(quamdiu se bene gesserint)*— también se utilizó en el siglo XVII, después de la Revolu-

ción inglesa, para designar la tenencia vitalicia de jueces, y quedó encarnada en la *Act of Settlement* de 1701.

37 La descripción siguiente fue tomada del *Domesday Book* de Ipswich, reproducida en Gross, *Gild Merchant*, II, 115-123. Véanse también *ibid.*, I, 23-26, y Stephenson, *Borough and Town*, pp. 174-178.

38 *Domesday Book of Ipswich*, en Gross, *Gild Merchant*, II, 122-123.

39 Véase Helen M. Jewell, *English Local Administration in the Middle Ages* (Nueva York, 1972), p. 53. La autora subraya, con razón, la importancia de la exención a los burgueses de presentarse en los tribunales de condados y de cientos, implicando el derecho de tener un tribunal de competencia equivalente, para ellos, dentro de su burgo. El derecho del burgo para juzgarse a sí mismo (junto con el derecho de "cobrar" el impuesto anual debido a la Corona) fue otorgado a Londres en perpetuidad en 1131. Sin embargo, la Corona siempre mantuvo la jurisdicción de los tribunales reales de Common Pleas y King's Bench sobre las felonías y las disputas concernientes a tierras en feudo franco. Cuando estos tribunales viajaban en circuito, en algunos lugares se les exigía penetrar en los confines del burgo, a juzgar. Sin embargo, normalmente doce jurados del burgo habían de asistir a la sesión del circuito *(eyre)*, junto con jurados de los cientos.

40 En general, véanse Alfio Natale, *Milano medievale, da Attila ai Torriani* (Milán, 1964); y Cesare Manaresi (comp.), *Gli Atti del Comune di Milano fino all'anno MCCXVI* (Milán, 1919).

41 Cit. en Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (Nueva York, 1938), p. 571.

42 Para estos datos y otros acerca del autogobierno comunal en este periodo, véase *Encyclopaedia Britannica*, ed. 1969, artículo *"Commune (medieval)"* (D. P. Waley).

43 *Ibid.*, p. 199.

44 Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, p. 573.

45 Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, I (Milán, 1954), 422.

46 *Ibid.*

47 Véase *Constituta Legis et Usus Pisanae Civitatis*, en Francesco Bonaini (comp.), *Statuta inediti della Citta di Pisa*, II (Florencia, 1870), 643-1026. (La *Constitutum Legis* ocupa las pp. 647-809; la *Constitutum Usus*, pp. 810-1026.)

48 Friedrich Heer, *The Medieval World* (Nueva York, 1962), p. 74.

49 Véase Franco Valsecchi, *Le Corporazioni nel'organismo politico del medio evo* (Milán, 1931), pp. 21-23.

50 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Gotinga, 1967), p. 51.

51 Estatuto de Bienes Básicos, 27 Edward III (1353).

52 John H. Mundy y Peter Riesenberg, *The Medieval Town* (Nueva York, 1958), Documento núm. 43, pp. 163-164.

53 Véase Harvey Cox, *The Secular City* (Nueva York, 1965).

54 Véase Max Weber, *The City*, trad. y ed. de Don Martindale y Gertrud Neuwirth (Nueva York, 1958). En su prólogo (pp. 21, 34-40 y 43-45), Martindale contrasta las investigaciones norteamericanas y europeas en el campo de la sociología urbana, indicando que los sociólogos norteamericanos suelen ver la ciudad contemporánea desde una perspectiva geofísica y ecológica y se interesan, principalmente, por los efectos desintegradores de la estructura social urbana sobre los nexos de familia, las asociaciones locales, la cultura, la casta y el *status*, y la sustitución de un orden basado en intereses ocupacionales y vocacionales. En Europa, por contraste, sociólogos como Simmel y Durkheim han subrayado las características sociopsicológicas de la ciudad (su exaltación de la puntualidad, la calculabilidad y la exactitud, su actitud *blasé*, su superficialidad, su anomia o falta de normas), mientras que otros, siguiendo a Fustel de Coulanges y Weber, han adoptado un enfoque histórico y comparativo. Martindale muestra cómo un conocimiento del desarrollo histórico de la institución del sistema de *podestà*, habría podido ayudar a los norteamericanos, a comienzos del siglo xx, a evitar una mala interpretación del papel del alcalde y del concejo de la ciudad, y del administrador de la ciudad, en las ciudades norteamericanas.

55 Weber, City, pp. 54-55.

56 Véase William Bennett Munro, *The Government of American Cities* (Nueva York, 1926).

57 Weber, *City*, p. 91.

58 *Ibid.*, pp. 92 y 93.

59 *Ibid.*, p. 94.

60 *Ibid.*, p. 96.

61 *Ibid.*, p. 97.

XIII. Derecho real: Sicilia, Inglaterra, Normandía y francia

1 Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N. J., 1970), p. 22.

2 *Ibid.*, p. 33.

3 Heinrich Mitteis, *The State in the Middle Ages*, trad. de H. F. Orton (Amsterdam, 1975), p. 307. Véase también Strayer, *Medieval Origins*, p. 12: "El Estado moderno: por doquiera se le encuentre hoy, se basa en la pauta que surgió en Europa en el periodo 1100-1600".

4 Mitteis, *State*, pp. 307-308.

5 James M. Powell, ed. y trad., *The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi Promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231* (Syracuse, N. Y., 1971), p. xxxviii.

6 Véase Orville Prescott, *Lords of Italy: Portraits from the Middle Ages* (Nueva York, 1972), p. 3.

7 Cit. en David C. Douglas, *The Norman Achievement, 1050-1100* (Berkeley y Los Ángeles, 1969), p. 105.

8 *Ibid.*, p. 143.

9 Mitteis, *State*, p. 172.

10 Rogerio II heredó de su padre el título de conde de Sicilia. Después de haber adquirido Calabria y Apulia, el papa Honorio lo invistió con el título de duque de Apulia. A la muerte de Honorio en 1130, fueron elegidos dos papas rivales. Rogerio, ansioso de ser rey, apoyó al más débil de los dos, Anacleto, quien pronto lo ungió y lo invistió como rey de Sicilia, Apulia y Calabria. En 1139, muerto Anacleto, el papa Inocencio II, sucesor de Honorio, añadió su propia investidura de Rogerio como rey. La historia está muy bien narrada en Prescott, *Lords of Italy*, p. 83.

11 Véase H. G. Creel, *The Origins of Statecraft in China*, vol. 1, *The Western Chou Empire* (Chicago y Londres, 1970), p. 12, citando un libro de un geógrafo musulmán, escrito en la corte de Rogerio II en 1154, el cual "dedica mucho más espacio al gobierno de China que al de ningún otro Estado".

12 Véanse, por lo general, Ferdinand Chalandon, *Histoire de la Domination Normande en Italie et en Sicile* (Nueva York, 1960); Douglas, *Norman Achievement;* y Claude Cahen, *Le régime féodal de l'Italie normande* (París, 1940).

13 Véase Charles H. Haskins, "England and Sicily in the Twelfth Century", pt. 3, en *English Historical Review*, 26 (octubre de 1911), 641, 655 y 663-664.

14 Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters* (Weimar, 1953), p. 238. Esto se encuentra mal traducido en Mitteis, *State*, p. 226.

15 Ésta era una colección de cientos de reglas legales en el estilo germánico, que muestran cierta influencia del derecho romano sobreviviente, pero sin el tipo de sistematización y de integración que caracteriza la tradición jurídica occidental a partir del siglo xii. Véase *Liber Legis Langobardorum Papiensis Dictus, MGH*, Legum III, p. 290.

16 Max Hofmann, *Die Stellung des Königs von Sizilien nach den Assisen von Ariano (1140)* (Munster, 1915), pp. 39, 155 y 174.

17 El texto de las Sesiones de Ariano está reproducido en Francesco Brandileone, *Il diritto romano nelle leggi normane e sveve del regno di Sicilia* (Turín, 1884).

18 Hofmann, *Stellung*, p. 65.

19 *Ibid.*, p. 72.

20 Cit. en Thomas C. Van Cleve, *The Emperor Frederick II of Hohenstaufen: Immutator Mundi* (Oxford, 1972), p. 241.

21 Véase Haskins, "England and Sicily", pp. 642-643.

22 *Ibid.*, pp. 644-645.

23 *Ibid.*, pp. 647-648.

24 Véase Hofmann, *Stellung*, p. 85.

25 Prescott, *Lords of Italy*, p. 164. Añade Prescott que Federico también prohibió la construcción de nuevos castillos privados y que él mismo construyó, durante su largo reinado, sesenta castillos nuevos en puntos estratégicos. La narración que hace Prescott de las hazañas de Rogerio II, Federico II y los otros gobernantes de la Italia meridional en el periodo

transcurrido entre finales del siglo XI y comienzos del XIV es ciertamente la más vívida y probablemente la mejor narración breve que se ha escrito sobre el tema.

26 Powell, *Liber Augustalis*. En el texto se dan citas específicas a esta obra.
27 Cit. por Prescott, *Lords of Italy*, p. 166.
28 Powell, *Liber Augustalis*, p. xx.
29 *Ibid.*, p. xxi.
30 Cit. por Prescott, *Lords of Italy*, p. 167.
31 Véase Douglas, *Norman Achievement*, pp. 105-106.
32 *Ibid.*, p. 144.
33 El decreto de Guillermo se reproduce en William Stubbs, *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward I* (Oxford, 1913), pp. 95-99.
34 *Ibid.*, pp. 99-100.
35 Véase Z. N. Brooke, *The English Church and the Papacy* (Cambridge, 1931), pp. 154-155.
36 *Ibid.*, pp. 155, 166-167, 174, 187-189, 198-199 y 211-212.
37 Véanse W. L. Warren, *Henry II* (Berkeley y Los Ángeles. 1973); Amy Kelly, *Eleanor of Aquitaine and the Four Kings* (Cambridge, Mass., 1950); y Jacques Boussard, *Le Gouvernement d'Henri II Plantagenet* (París, 1956).
38 Walter Map, *De Nugis Curialium*, ed. de M. R. James (Oxford, 1914), p. 261.
39 *Ibid.*, p. 277.
40 Doris M. Stenton, *English Justice, 1066-1215* (Filadelfia, 1964), p. 53.
41 Otras concomitancias feudales (además del servicio del caballero) eran: *1)* alivio: suma de dinero pagadera por el heredero por autorización para renovar los lazos con el señor, rotos a la muerte del predecesor del heredero; *2)* primera *seisin:* el derecho del señor de primera posesión de la tierra hasta que se pagara el alivio; *3)* patronato: el derecho del señor de administrar el feudo y apropiarse los ingresos, mientras el heredero fuese un menor o una mujer soltera; *4)* matrimonio: el derecho del señor a escoger al marido de la heredera, siempre que ella consintiera; *5)* reversión: la devolución de la tierra al señor si el ocupante ya no era capaz de prestar servicios por haber quedado proscrito o aprisionado por una felonía, o por haber llegado a su fin la línea de sucesión; *6)* multa por enajenación: cantidad pagadera al señor a la venta o donativo de la tierra por el ocupante a otro; y *7)* ayudas: pagos para ayudar al señor a cumplir con varias obligaciones. En 1215, la Carta Magna redujo a tres las ayudas: el rescate de cautiverio de la persona del señor, el espaldarazo a su hijo primogénito y la boda de su hija mayor.
42 Véase Charles H. Haskins, *Norman Institutions* (Cambridge, Mass., 1918), p. 155.
43 Véase Haskins, "England and Sicily", pp. 651-655.
44 Véase *ibid.*, pt. 1, julio de 1911, pp. 438-443; *cf. Dialogus de Scaccario (The Course of the Exchequer)*, ed. y trad. de Charles Johnson (Nueva York, 1950), pp. 35-36.
45 El pasaje completo está citado en T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5ª ed. (Boston, 1956), p. 148.
46 La expresión es de Maitland. Véase F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (Cambridge, 1965), pp. 106-107.
47 Strayer, *Medieval Origins*, p. 34.
48 *Ibid.*
49 R. C. van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill* (Londres, 1959), p. 200.
50 *Ibid.*, p. 199.
51 Véase *ibid.*, p. 444.
52 G. D. G. Hall (ed. y trad.), *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill* (Londres, 1965), p. 167.
53 La Sesión de Clarendon es analizada, y buenas partes de ella están traducidas, en Plucknett, *Concise History*, pp. 112-113.
54 Curso de Desarrollo de las Instituciones Jurídicas, Escuela de Derecho de Harvard, 1968.
55 Sobre la abolición de las pruebas por combate y la introducción del juicio por jurado en casos penales, véase Plucknett, *Concise History*, pp. 118-126. Plucknett muestra la resistencia a la abolición del combate en Inglaterra, la vacilación por la sustitución de los procedimientos de investigación y el rechazo de la opción de interrogatorio de partes y jurados por los tribunales.
56 Véase Frederic William Maitland, *The Forms of Action at Common Law* (Cambridge, 1965).

57 Véase el capítulo VI, notas 10 y 11.
58 Sir Frederick Pollock y Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2ª ed. (1898; edición reimpresa, Cambridge 1968), I, 146.
59 Joüon des Longrais, *Henry II and His Justiciars: Had They a Political Plan in Their Reforms about Seisin?* (Limoges, 1962). Unos 15 años antes, el recién elegido rey de Alemania Federico *Barbarroja* había intentado una realización similar. En su "estatuto de paz" de 1152, Federico establecía que

> una disputa posesoria entre dos vasallos de un mismo señor debería ser llevada ante el juez real, de modo que el tribunal feudal quedaba limitado a la cuestión de la propiedad, que frecuentemente ni siquiera se tocaba; por documentos de la época sabemos que la cuestión de la posesión era resuelta por procedimiento de investigación. Exactamente como Enrique II de Inglaterra, Federico trató de crear un procedimiento posesorio real y, con ello, limitar la jurisdicción de la nobleza.

Mitteis, *Der staat des hohen Mittelalters*, p. 254. Sin embargo, Federico no pudo crear un sistema judicial procesal capaz de realizar sus ambiciones, y con el tiempo decidió favorecer el desarrollo de la jurisdicción de los príncipes dentro de los territorios individuales que formaban el Imperio alemán. Véase el capítulo XIV.
60 Hall, *Treatise Called Glanvill*, p. 1.
61 J. E. A. Jolliffe, *The Constitutional History of Medieval England* (Londres, 1961), p. 206.
62 Véase Charles H. Haskins, *Norman Institutions* (Cambridge, Mass., 1918), p. 58; véase también Charles Petits-Dutailles, *The Feudal Monarchy in France and England from the Tenth to the Thirteenth Century*, trad. de E. D. Hunt (Londres, 1936), p. 162.
63 Haskins, *Norman Institutions*, p. 192.
64 *Ibid.*, pp. 192-193.
65 Véase Ernest-Joseph Tardiff, *Coutumiers de Normandie*, 2 vols. (Ruán, 1881-1903).
66 Véanse Maurice Jallut, *Philippe Auguste, fondateur de l'unite française* (París, 1963); y Achille Luchaire, *Philippe Auguste* (París, 1884).
67 *Chronique rimée de Philippe Mouskès*, publ. Baron de Reiffenberg, II (Bruselas, 1838), 427 ss. 23735-23738.
68 El siguiente relato tiene la confirmación de materiales fácticos —aunque no siempre de interpretaciones— descubiertos en François J. M. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, 2ª ed. (París, 1951); Émile Chénon, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, I (París, 1926); Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters*; Ludwig Buisson, *König Ludwig IX, der Heilige und das Recht* (Friburgo, 1954); y Petit-Dutaillis, *Feudal Monarchy*.
69 Olivier-Martin, *Histoire*, p. 225.
70 Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, pt. II-1, qu. 90-97.
71 John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich., 1968), p. 276.
72 *Ibid.*, p. 268.
73 Véase Olivier-Martin. *Histoire*, p. 114. Véase la nota 87.
74 Felipe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. de A. Salmon, 2 vols. (París, 1970), I, secc. 683.
75 Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (1861, 3ª edición norteamericana, Nueva York, 1888), p. 24.
76 Para el año 1296 —de unos 35 a unos cuarenta años después de empezar a aparecer como rama distinta de la *Curia Regis*—, una ordenanza real fijó [el número de] miembros regulares [del Parlamento de París] en 51 jueces. Veintitrés años después, en 1319, el total oficial era de 67... En 1345 [el número de miembros] fue estabilizado en cerca de ochenta... el contraste con Inglaterra es especialmente notable... entre 1300 y 1500 los jueces permanentes de la King's Bench y de las Quejas Comunes totalizaban normalmente no ochenta, sino ocho o nueve jueces [Dawson, *Oracles*, p. 274].
77 Véase Beaumanoir, *Coutumes*, I, secc. 1: "Ci commence li livre des coustumes et des usages de Beauvoisins".
78 "...chascuns barons est souverains en sa baronie... li rois est souverains par dessus tous et a de son droit la general garde de tout son roiaume, par quoi il puet fere teus establissemens comme il li plest pour le commun pourfit, et ce qu'il establist doit estre tenu". Beaumanoir, *Coutumes*, II, sec. 1043.

79 El trato que da Beaumanoir al papel de los *procureurs* y abogados del tribunal del baile está resumido en Georges Hubrecht, "Commentaire historique et juridique", en Felipe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, III (París, 1974), caps. 4 y 5. Dawson, *Oracles*, pp. 282-285, analiza el funcionamiento de los *procureurs* y abogados en el Parlamento de París.

80 Beaumanoir, *Coutumes*, II, secs. 1122-1223.

81 *Ibid.*, I, secs. 954-988.

82 *Ibid.*, II, sec. 999. La expresión de Beaumanoir, *Convenance vaint loi* es una traducción de la latina *conventio vincit legem*, a menudo utilizada a la sazón por toda Europa, y que se encuentra un siglo antes en Glanvill. El significado era que la voluntad de las partes sobreseía a las estipulaciones (no obligatorias) de la ley que definían las obligaciones contractuales "a menos que se hubiese convenido en otra cosa". Una interpretación contraria aparece en un ensayo, por lo demás muy ilustrativo, sobre Beaumanoir, en M. E. Tigar y M. R. Levy, *Law and the Rise of Capitalism* (Nueva York, 1977), p. 145.

83 Beaumanoir, *Coutumes*, II, sec. 1000.

84 *Ibid.*, II, secs. 823-936. Dawson subraya el carácter local del derecho consuetudinario francés de delitos, obligaciones civiles (contrato delito civil), y procedimientos penales y civiles, afirmando que virtualmente todo el cuerpo del derecho consuetudinario *real* francés consistía en derecho de tierras, derecho de propiedad de personas casadas, herencia, donativos y testamentos. Y, sin embargo, el derecho penal planteado por Beaumanoir casi no da la impresión de ser específico de Beauvais. Por ejemplo, la ley de traición, falsificación y herejía es analizada en el mismo contexto que la ley de homicidio, incendio, asalto y otros delitos. Asimismo, la ley de contratos presentada por Beaumanoir, no debe verse simplemente como la costumbre local de Beauvais. Antes bien, parece derecho consuetudinario (en el sentido de no aplicado), aplicable en casos apropiados en cualesquiera tribunales de Francia, incluso en los tribunales reales. El análisis de Dawson está bien adaptado a una época posterior, cuando por fin surgió la necesidad de armonizar y de unificar las diversas costumbres de las varias partes de Francia. Véase Dawson, "The Codification of the French Customs", en *Michigan Law Review*, 38 (1940), 765.

85 Olivier-Martin, *Histoire*, p. 233.

86 Bracton transcribió cerca de dos mil casos de los rollos de demandas; se encuentran coleccionados en el *Note Book* de Bracton, editado por Maitland. No se ha descubierto ningún libro similar de Beaumanoir. Sin embargo, él hace referencia —aunque no por nombre— a cientos de casos en su tratado. Su uso de la ley de casos (en francés, *jurisprudence)* se ha descrito de esta manera:

> A veces comienza exponiendo una regla consuetudinaria y, para mostrarla, cita una decisión judicial. A veces hace lo opuesto: partiendo de una decisión judicial que vio pronunciar, señala el principio del cual es una aplicación ese juicio... Como prueba de una costumbre recién impugnada [Beaumanoir] invariablemente se refiere tan sólo a una decisión judicial, sin duda porque este simple precedente basta porque es decisivo [Hubrecht, "Commentaire", p. 4].

87 Beaumanoir, sec. 31. La interpretación de este pasaje en el sentido de que se refiere a casos "similares" y no sólo al "mismo" caso es confirmada por Hubrecht, "Commentaire", p. 19. Añade Hubrecht: "De este modo la ley de casos *[jurisprudence]* se aplica en condiciones análogas a las del derecho inglés, y el juez puede decidir directamente sin llamar a los [demandantes]". Otro pasaje de Beaumanoir parece, al principio, contradecir la opinión de que el autor, o la ley que analiza, daba un alto valor a la congruencia en cuestiones judiciales. El pasaje en cuestión (sec. 1880) declara que un juez se descalificaría a sí mismo en un caso si hubiese tomado parte en un caso similar, para evitar la sospecha de que se inclinara a reafirmar lo que había decidido antes, aun si fuera erróneo. Leyendo con mayor atención, parece que este pasaje se refiere a un caso anterior en que el juez había participado como parte, y no a un caso en que hubiese participado como juez. Esta interpretación es confirmada por el hecho de que la sección siguiente (sec. 1881) pide que un juez se descalifique a sí mismo si ha comparecido como testigo en un caso similar. Véase también Hubrecht, "Commentaire", p. 4.

88 Francia e Inglaterra entraron en la Baja Edad Media con un fondo común de instituciones jurídicas y políticas. Gran parte del área que quedaría incluida en la Francia moderna estaba unida con Inglaterra, con un soberano común; las instituciones políticas eran forjadas por las mismas formas básicas de organización feudal; el derecho privado era compuesto, en gran parte, por una costumbre popular no formulada, notablemente similar en cada detalle. Desde el siglo XIII ya se habían hecho notar las tendencias a la divergencia, tanto en la ley como en el gobierno.

Dawson, "Codification", p. 765. El profesor Dawson está escribiendo aquí desde la perspectiva de los siglos XVI a XIX. Si los mismos hechos fueran descritos desde la perspectiva de los siglos XI y XII, la última frase podría decir: "Todavía en el siglo XIII, las similitudes predominaban sobre las diferencias".

XIV. Derecho real: Alemania, España, Flandes, Hungría y Dinamarca

1 Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters* (Weimar, 1953), p. 155. Puede encontrarse otra traducción en Mitteis, *The State in the Middle Ages*, trad. de H. F. Orton (Amsterdam, 1975), p. 149.

2 Mitteis, *Der Staat*, p. 201.

3 *Ibid.*, pp. 256 *ss.*

4 *Ibid.*

5 Véase Peter Munz, *Frederick Barbarossa: A Study in Medieval Politics* (Londres, 1969), pp. 250-251. Una versión un tanto distinta ofrece Carl Erdmann, "Der Prozess Heinrichs des Löwen", en Theodor Mayer, (comp.), *Kaisertum und Herzogsgewalt im Zeitalter Friedrichs I* (Leipzig, 1944), pp. 348-353.

6 Mitteis, *State*, p. 335.

7 *Ibid.*, pp. 225-233 y 310. Véase también Albert Brackmann, "Die Wandlung der Staatsanschauungen im Zeitalter Kaiser Friedrichs I", en *Historische Zeitschrift*, 145 (1932).

8 En 1111, el Privilegio del papa Pascual II enumeraba como *regalia* los derechos imperiales conectados con ciudades, ducados, margraviatos, condados, monedas, impuestos, mercados, patronato imperial y eclesiástico, tribunales de cientos y algunas otras. Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed. (Karlsruhe, 1962), I, 369-376.

9 Heinrich Appelt, "Friedrich Barbarossa und das römische Recht", en *Römische historische Mitteilungen*, 5 (1961-1962), 18-34; y H. Koeppler, "Friedrich Barbarossa and the Schools of Bologna", en *English Historical Review*, 54 (1939), 577-607.

10 Munz, *Barbarossa*, pp. 122-124.

11 Véase Günther Schmidt, *Das Würzburgische Herzogtum und die Gräfen und Herren von Ostfranken vom 11. bis zum 17. Jahrhundert*, Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des deutschen Reiches im Mittelalter und Neuzeit, vol. 2 (Weimar, 1913), pp. 1-52. Schmidt afirma que no fue cuestión de poder escueto o de poseer grandes cantidades de tierra en el ducado, sino la habilidad de hacer justicia la que caracterizó a los nacientes Estados territoriales de Alemania. Sobre Austria, véase Heinrich Appelt, *Privilegium Minus: Das staufische Kaisertum und die Babenberger in Österreich* (Viena, 1973). Véase también E. E. Stengel, "Land-und lehnrechtliche Grundlagen des Reichfürstentandes", en *Abhandlungen und Untersuchungen zur mittelalterlichen Geschichte* (Colonia, 1960).

12 Véase Walter Ullmann, "The Pontificate of Adrian IV", en *Cambridge Historical Journal*, 11 (1955), 243.

13 Munz, *Barbarossa*, p. 31.

14 *Ibid.*, p. 372.

15 Joachim Gernhuber, "Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235", en *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 44 (Bonn, 1952), 72-102.

16 *Ibid.*, p. 74.

17 Lorenz Weinrich (ed. y trad.), *Quellen zur deutscher Verfassungs-Wirtschafts-, und Sozialgeschichte bis 1250*, Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalter, vol. 32 (Darmstadt, 1977), pp. 166-167. Sólo ha sobrevivido un digesto de la paz de la tierra de 1103.

18 *Ibid.*, p. 214. Las cursivas son nuestras.

19 *Ibid.*, p. 216.

20 Mitteis, *State*, p. 243.

21 Weinrich, *Quellen*, pp. 246-259.

22 Federico decretó este estatuto a petición de los cuatro doctores, como recompensa por

sus servicios a la dieta. Es el único ejemplo de una adición expresa a las leyes de Justiniano por un emperador alemán.

[23] En 1186, Federico emitió su decreto de paz contra los incendiarios, consistente en 23 artículos, algunos de ellos muy extensos. Éste era un documento complicado que trataba de colocar el incendio, seria amenaza a la paz real, bajo control imperial.

[24] El movimiento de *Landfriede* no cesó por completo entre 1186 y 1235, pero tampoco logró progresos considerables. El más importante de los *Landfrieden* emitidos por Enrique VII, la Tregua de Enrique de 1224, representó un retroceso a una forma anterior; no se hacía ninguna mención a *jus* o *lex*, y muchas de las regulaciones no eran más que limitaciones tradicionales renovadas al feudo. Los otros dos principales decretos de este periodo, el Tratado con los Príncipes Eclesiásticos de 1220 y el Estatuto en Favor de los Príncipes de 1232, no se proponían ser *Landfrieden,* sino que tan sólo eran concesiones de Federico II a los príncipes eclesiásticos y laicos.

[25] Weinrich, *Quellen*, pp. 462-483.

[26] Véase James M. Powell (ed. y trad.), *The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi Promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231* (Syracuse, N. Y., 1971), I, 8, "Mainzer Landfriede 5".

[27] Véase Heinz Angermeier, *Königtum und Landfriede im deutschen Spätmittelalter* (Munich, 1966), pp. 27-29.

[28] Las reformas de Federico II significaron que las decisiones del tribunal serían coleccionadas y salvaguardadas en un solo lugar, "de modo que pueda establecerse un marco legal para las más variadas relaciones de la vida pública, una norma para la voz de la ley". R. Scholz, *Beiträge zur Geschichte der Hoheitsrechte des deutschen Königs zur Zeit der ersten Staufer, 1138-1197*, en Leipzig Studien, vol. 24 (1896), p. 26.

[29] Karl August Eckhardt (ed.), *Sachsenspiegel V: Landrecht in hochdeutscher Übertragung* (Hannover, 1967), prólogo y III, 78, núm. 2. No hay edición del *Lehnrecht* en alemán moderno (aunque sí hay una edición moderna en alemán antiguo).

[30] "El papa no puede proscribir al emperador salvo por herejía, abandono de su mujer o destrucción de la casa de Dios." Eckhardt, *Landrecht* 1.1; 3.57.1.

[31] "La proscripción hiere el alma pero no toma una vida ni reduce a nadie en *Landrecht* o *Lehnrecht* a menos que vaya seguido por total proscripción." Eckhardt, *Landrecht* 3.63.2.

[32] El juez puede juzgar cualquier tipo de demanda dentro de la jurisdicción de su tribunal, esté donde esté, excepto cuando alguien se queje con respecto a su propia tierra o acuse de un crimen a un hombre libre. Eso no puede juzgarlo el juez salvo en una auténtica asamblea judicial local y por prescripción real [Eckhardt, *Landrecht* 1.59.1].

[33] Eckhardt, *Landrecht* 3.57.2. El *Sachsenspiegel* declaraba que el copero tenía derecho al séptimo voto, pero dado que el ocupante de ese cargo, el rey de Bohemia, no era alemán, no tenía voz electoral. Sin embargo, en 1290 el emperador Rodolfo, apoyándose en la autoridad del *Sachsenspiegel*, concedió el voto a Bohemia, fijando así a los siete electores hasta mediados del siglo XVII.

[34] Eckhardt, *Landrecht* 2.66.1.

[35] Véase Adolf Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland* (Berlín, 1978), pp. 21-22, citando a Eckhardt, *Landrecht* 2.13.1, que trata de diferentes tipos de castigos para los ladrones. Véanse también Gerhard Kallen, "Friedrich Barbarossa's Verfassungsreform und das Landrecht des Sachsenspiegels", en *ZSS (germ)*, 71 (1938), 560; Hans von Voltellini, "Ein Beitrag zur Quellenkunde des Sachsenspiegels Landrecht", en *ZSS (germ)*, 71 (1938), 548.

[36] Laufs, *Rechtsentwicklung*, citando a Eckhardt, *Landrecht* 2.69.

[37] Su impacto sobre el derecho urbano puede verse, en especial, en el desarrollo de la Ley de Magdeburgo, el código Görlitz de principios del siglo XIV y el *Landrecht* de Wroclaw de 1356; siguió acompañando a los alemanes conforme avanzaban hacia el Este, y también pueden verse rastros en Holanda. Fue repetidas veces glosado, especialmente por el caballero y jurista de Brandeburgo Johann von Buch (que había estudiado en Bolonia) después de 1325, y por Nicolás Wurm, también preparado en Bolonia, alrededor del año 1400. En general, véanse Herman Conrad, *Deutsche Rechtsgeschiche*, I (Karlsruhe, 1954), 477-479; y Richard Schröder y Eberhard Freiherr von Künssberg, *Lehrbuch des deutschen Rechtsgeschichte*, 7ª ed. (Berlín, 1932), pp. 722-725.

[38] Hans Fehr, "Die Staatsauffassung Eikes von Repgau", en *ZSS (germ)*, 50 (1916), 159.

[39] El *Schwabenspiegel*, escrito en 1274-1275, fue el libro de derecho que mayor influencia ejerció en la Alemania meridional. Se basaba en el derecho consuetudinario bávaro, el derecho imperial, los estatutos de paz, el derecho romano y el derecho canónico. Adoptó una posición pro-papista, en comparación con la actitud pro-imperial del *Sachsenspiegel*. El *Deutschenspiegel*, también escrito en 1274-1275, se basó mucho en el *Sachsenspiegel*, pero dando mayor uso al derecho canónico y al romano. No tuvo repercusiones importantes. El *Frankenspiegel*, escrito en Hesse entre 1328 y 1338, era marcadamente pro-imperial. También había aparecido en el siglo XIV cierto número de obras menores. Véase Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, p. 479.

[40] Geoffrey Barraclough (trad.), *Medieval Germany, 911-1250: Essays by German Historians*, I (Oxford, 1938), 104.

[41] *Ibid.*, p. 76.

[42] Mitteis, *Der Staat*, p. 330.

[43] *MGH*, Legum IV, I, p. 222.

[44] Barraclough, *Medieval Germany*, I, 105.

[45] "Confoederatio cum principus ecclesiasticus" y "Statutuum in favorem principum", en Weinrich, *Quellen*, pp. 382 y 434.

[46] Ruth Hildebrand, "Der sachsische 'Staat' Heinrichs des Löwen", en *Historische Studien* (Berlín), núm. 302 (1937), pp. 371-392.

[47] Karl Jordan, *Heinrich der Löwe: Eine Biographie* (Munich, 1979), p. 148.

[48] Max Spindler, *Die Anfänge der bayerischen Landesfürstentums*, Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte, vol. 26 (Munich, 1937). En general, véanse Eugen Wohlhaupter, *Hoch-und Niedergericht in der Mittelalterlichen Gerichtsverfassung Bayerns*, vol. 12, pt. 2 de *Deutschrechtliche Beiträge*, ed. de Konrad Beyerle (Heidelberg, 1929); y Wolfgang Schnelbogl, *Die innere Entwicklung der bayerischen Landfrieden des 13. Jahrhunderts*, vol. 13, pt. 2 de *Deutschrechtliche Beiträge*, ed. de Konrad Beyerle (Heidelberg, 1932).

[49] Spindler, *Anfänge*, p. 116.

[50] *Ibid.*, p. 120.

[51] *Ibid.*, pp. 166-167.

[52] *Ibid.*, pp. 176-184.

[53] *Ibid.*, p. 167.

[54] Recesvinto también abrogó todo uso del derecho romano, salvo para fines de estudio. Esto incluyó la supresión de la *Lex Romana Visigothorum*, o *Breviarum Alarici*, un compendio anterior a Justiniano (emitido por Alarico II en 506), que llegó a ser el texto más importante de su clase.

[55] Véase Eugen Wohlhaupter, *Studien zur Rechtsgeschichte des Gottes- und Land- friedens in Spanien*, vol. 14 de *Deutschrechtliche Beiträge*, ed. de Konrad Beyerle (Heidelberg, 1933).

[56] Juan Beneyto Perez, *Manual de Historia del Derecho* (Madrid, 1960), pp. 101-128; E. N. van Kleffens, *Hispanic Law until the End of the Middle Ages* (Edimburgo, 1968), pp. 238-268.

[57] La Universidad de Palencia, la más antigua de España, fue fundada entre 1208 y 1214. En 1239 se mudó y fusionó con la Universidad de Salamanca, establecida acaso unos doce años antes. Salamanca pasó a ser un importante centro para el estudio de los derechos romano y canónico.

[58] Beneyto Perez, *Manual*, pp. 110-123; y von Kleffens, *Hispanic Law*, pp. 147-236.

[59] Leopold A. Warnkönig, *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte bis zum Jahr 1305*, I (Tubinga, 1835), 127. Véase también Henri Pirenne, *Geschichte Belgiens*, I (Gotha, 1899); Raymond Monier, *Les Institutions centrales du Comte de Flandre de la fin du neuvième siècle à 1384* (París, 1949).

[60] Warnkönig, *Flandrische Rechtsgeschichte*, p. 149.

[61] *Ibid.*, pp. 160-162.

[62] Sobre Hungría, véanse Thomas von Gogyay, *Grundzüge der Geschichte Ungarns*, I (Pest, 1851), 66-125; Dominic Kosary, *A History of Hungary* (Filadelfia, 1906), pp. 50-61; y E. Pamlenyi (comp.), *A History of Hungary* (Budapest, 1973), pp. 29-61.

[63] Véase T. K. Derry, *A History of Scandinavia* (Minneapolis, Minn., 1975); John Danstrup, *A History of Denmark* (Nueva York, 1947).

[64] *Das jutsche Low, aus dem Danischen übersetzt von Blasius Eckenberger,* ed. de N. Falck (Altona, 1819).

[65] Danstrup, *Denmark*, pp. 28-31. Ciertas partes del preámbulo fueron tomadas directamente del derecho canónico.

[66] Derry, *Scandinavia*, p. 66.

[67] Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 5.10.1137^{b} 11-28, en Richard McKeon (comp.), *The Basic Works of Aristotle* (Nueva York, 1941), p. 1020.

Conclusión

[1] Véase Robert C. Tucker, "The Marxian Revolutionary Idea", en *Revolution*, comp. de Carl J. Friedrich, *Nomos*, núm. 8 (1966), pp. 217-246, esp. p. 219.
[2] *Ibid.*, pp. 223-224.
[3] Christopher Hill, "A Comment", en Rodney Hilton (comp.), *The Transition from Feudalism to Capitalism* (Londres, 1976), p. 121.
[4] *Ibid.*
[5] Carta a Conrad Schmidt, 27 de octubre de 1890, en Carlos Marx y Federico Engels, *Selected Works*, III (Moscú, 1966), pp. 492-493.
[6] Perry Anderson, *Passages from Antiquity to Feudalism* (Londres, 1974), p. 153.
[7] Hilton, *Transition*, pp. 9-30 (cita, p. 18).
[8] W. W. Rostow, *The Stages of Economic Growth* (Cambridge, Mass., 1960), pp. 4-7 (hay edición en español del FCE: *Las etapas del crecimiento económico*, trad. de R. C. Pimentel, 2ª ed., México, 1973).
[9] Véase David Herlihy (comp.), *The History of Feudalism* (Nueva York, 1970), pp. 3 y 34.
[10] Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State* (Londres, 1974), p. 403. El marxista alemán del Este Rudolf Bahro también considera el feudalismo occidental como una forma económica única que tuvo en sí "una tendencia inmanente de transformación" en capitalismo. Afirma Bahro: "El feudalismo-capitalismo es esencialmente un solo desarrollo." *The Alternative in Eastern Europe*, trad. de David Fernbach (Londres, 1978), p. 66.
[11] *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. de Max Rheinstein (Cambridge, Mass., 1966), p. 297.
[12] *Proceedings of the First Conference of German Sociologists*, 1910, cit. en Max Weber, *Economy and Society*, ed. de Guenther Roth y Claus Wittich (Nueva York, 1968), I, lxiv [hay edición en español del FCE: *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de J. M. Echavarría, México, 1992].
[13] Max Weber, *Gesammelte Aufsatzen zur Religions- soziologie* (Tubinga, 1920), p. 1.
[14] Esta conclusión encontrará apoyo en muchas citas de los escritos de Weber, aunque también hay otras citas para condicionarla y aun para negarla. De hecho, los escritos históricos de Weber son muy confusos e incongruentes, aunque su análisis teórico sea todo lo contrario.
[15] Rheinstein, *Max Weber*, p. 304.
[16] *Ibid.*, p. 305.
[17] Véase Donald R. Kelley, "The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx", en *American Historical Review*, 83 (abril de 1978), pp. 350-367.
[18] Rheinstein, *Max Weber*, pp. 63-64.
[19] *Ibid.*, p. 303.
[20] Weber, *Economy and Society*, pp. 226-227 y 1070.
[21] *Ibid.*, p. 242.
[22] *Ibid.*, p. 244.
[23] *Ibid.*, p. 246.
[24] *Ibid.*, p. 76.
[25] *Ibid.*, p. 86.
[26] Rheinstein, *Max Weber*, pp. 304-305.
[27] *Ibid.*
[28] Kent V. Flannery, "The Cultural Evolution of Civilizations", en *Annual Review of Ecology and Systematics*, 3 (1972), pp. 399 y 407.
[29] Véase Grace Goodell, "From Status to Contract: The Significance of Agrarian Relations of Production in the West, Japan, and in 'Asiatic' Persia", en *European Journal of Sociology*, 21 (1980), pp. 285-325, esp. pp. 288-291.
[30] Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381* (Londres, 1973), pp. 70-71 y 74-75.
[31] Goodell, "From Status to Contract", p. 298.
[32] Octavio Paz, "Reflections: Mexico and the United States", *The New Yorker*, 17 de septiembre de 1979, pp. 138 y 153.

AGRADECIMIENTOS

Empecé a escribir este libro en 1938, siendo estudiante graduado en historia de la jurisprudencia en la London School of Economics. Había ido a Londres, bajo la inspiración de Eugen Rosenstock-Huessy, a estudiar la repercusión de la Revolución inglesa de 1640-1689 sobre el desarrollo del derecho inglés. T. F. T. Plucknett, decano de los historiadores de la jurisprudencia inglesa en el periodo que siguió a la primera Guerra Mundial, me dijo que no entendería una sola palabra de la historia de la jurisprudencia inglesa a menos que comenzara en los siglos XII y XIII con Glanvill y Bracton. Acepté su consejo, pero también seguí el curso de R. H. Tawney de la historia inglesa en el siglo XVII. Estos tres hombres eran grandes europeos, aunque llegaran de diferentes épocas: el pensamiento de Plucknett estaba arraigado en los siglos XII a XVII, el de Tawney en los siglos XVII a XX, el de Rosenstock-Huessy en la secuela de lo que él llamaba la Revolución de la Guerra Mundial. Deseo creer que este libro se fundamenta en las obras de los tres.

En los decenios siguientes fui auxiliado por toda una multitud de estudiantes investigadores, así como por muchos colegas y amigos.

Mencionaré sólo tres, cuya ayuda quedó reflejada gráficamente en estas páginas: Carmen Arévalo, quien preparó los mapas; Robert Chesler, quien se encargó del cuadro, y George Size, quien elaboró la gráfica.

Vaya mi agradecimiento a la Houghton Mifflin Company por autorizar la reproducción de una parte de "The Metaphors" de *The Human Season* por Archibald MacLeish, *(copyright* © 1972, Archibald MacLeish), y a la British Library, por conceder autorización para citar parte de un poema anglosajón descubierto en los Manuscritos Cotton, "Máximas".

También deseo dar las gracias al National Humanities Center por ofrecerme un ambiente favorable en el cual pude terminar el manuscrito y planear su secuela.

ÍNDICE ANALÍTICO

Abelardo, Pedro: 35, 136-137, 142, 150-151, 153, 169-170, 187, 199-201, 208-209, 294, 303, 548, 606, 608, 609, 611, 612, 617, 619, 620, 630
abogados: 364, 451-452, 497. *Véase también* juristas
absolución: 80, 81-82, 177, 184, 185, 598, 614-615. *Véanse también* expiación; penitencias
Accursio: 140, 259, 552
actio spolii. *Véase* expoliación
Adams, Henry: 620
Adán: 120, 188, 195, 204, 617-618
Adriano IV, papa: 173, 338, 621
advocatio: 251. *Véase también* patronato
advowson. *Véase* patronato
África: 88, 211, 369, 420-421, 433, 620-621
agricultura: 33, 63, 111, 112, 113, 332-333, 335-336, 342, 343-344, 349, 350, 351, 353, 375, 376. *Véanse también* derecho señorial; campesinado
Agustín de Cantorbery, San: 64, 596
Agustín de Hipona, San: 38, 120, 126, 187, 218-219, 414, 606, 615, 616-617, 618, 631
Alberto Magno: 612
Alcuino: 101, 597
Alejandro II, papa: 104, 269, 456
Alejandro III, papa: 202-203, 215, 233, 245, 549, 629
alemán, Imperio: 98-99, 100-104, 107, 172-173, 218-220, 291, 298, 405, 432, 505-506, 521, 522, 525, 527-528, 597, 623; orden de príncipes imperiales *(Reichsfürstenstand)*, 514-515, 528, 529-530, 550. *Véanse también* emperador, autoridad y papel del; imperio; Alemania, derecho imperial
alemana, Revolución (1517): 15, 29, 32, 45, 47, 60, 123, 281-282. *Véase también* protestante, Reforma
Alemania (derecho alemán): 23-25, 28; derechos feudal y señorial, 326-327, 334-336, 346-347; derecho imperial, 101-108, 424, 485-486, 505-528, 546-552; derecho territorial, 508, 514, 526-527, 528-534, 542, 546-552; derecho urbano, 382, 389-398, 514-515. *Véanse también* Austria; Baviera; derecho franco; Federico I; Federico II; alemán, Imperio; derecho consuetudinario germánico; alemana, Revolución (1517); derecho de Magdeburgo; protestante, Reforma; *Sachsenspiegel*; Sajonia
Alexander, James W.: 629
Alfonso *el Sabio*, rey: 536
Alfonso II, rey: 535
Alfonso X, rey: 426
Alfonso XI, rey: 536
Alfonso, conde de Tolosa: 387
Alfredo *el Grande*, rey: 13, 71, 73, 75, 76-77, 399, 597; Leyes de, 71, 75, 597
alguaciles *(sheriffs)*: 474, 481, 483, 486-487, 488, 492-493, 548, 565. *Véase también* bailes
Alta Edad Media: 14, 25, 599
alta justicia: 385, 439, 482, 497, 507, 514, 530, 533, 563
Amberes: 382
Ambrosio, obispo de Milán: 102, 405
América del Sur: 88
Anacleto: 641
Anastasio, emperador: 293
anatema: 276. *Véanse también* excomunión; interdicto
Anderson, Perry: 339, 341, 345, 572, 634, 635, 648
Andrés II, rey: 308, 538
anglicana, Iglesia: 281-282
anglos, Anglia: 62, 134. *Véanse también* anglosajones; derecho anglosajón; Inglaterra; anglosajones, reyes
anglosajones: 18, 316, 399-400, 434, 457
anglosajones, reyes: 76-77, 83-84, 316
Anjou: 326, 455, 459, 469, 483-484, 485-486. *Véanse también* Carlos de Anjou; Enrique II; Godofredo, conde de Anjou
Anónimo normando: 290-291, 427, 430, 481
Anselmo de Havelberg: 122
Anselmo de Luca: 214
Anselmo, San: 151, 169, 172-173, 186-187, 188-189, 190, 191-192, 193, 194, 195, 208, 210, 456-457, 547, 615, 617, 618-619
antropológicas, teorías, sobre el estado y el derecho: 85-86, 87-88, 89-94, 579-582, 599-601
Anuarios ingleses: 159-160
apelación de felonía: 17, 471-472. *Véase también* felonía
apelaciones: 78, 106-107, 109, 266, 275, 453-454, 488-489, 490, 491-492, 496-497
apocalíptica, visión: 36-38, 39, 40, 98, 107-108, 119-120, 129, 177-178, 179-180, 181, 182-183, 207, 515-516. *Véase también* revoluciones

apoderados: 497-498. *Véase también* juristas
Appelt, Heinrich: 645
Apulia: 107, 429, 430, 433, 434, 443, 456, 487, 524. *Véase también* Sicilia
Aquino. *Véase* Tomás de Aquino, Santo
Aquitania: 484
Árabes (sarracenos): 13, 76-77, 111, 112, 172, 316, 349, 374, 426, 429, 432, 433, 434-435, 444, 451, 505, 612-613, 637. *Véase también* Islam
Aragón: 374, 433-434, 534, 535-536
arbitraje: 235-236. *Véase también* tribunales eclesiásticos
Arévalo, Carmen: 649
Aristóteles: 22, 132, 137, 143-145, 150, 151, 152, 155, 160, 162, 171, 185, 216-217, 259, 289, 292, 293-294, 301, 302-303, 542, 608, 609, 610-611, 612, 631, 632, 647
Arles: 211
arquitectura: 15-16, 113, 129, 433
ars nova: 17
arte de la cetrería, El (Federico II): 445
asalto: 275, 443, 475. *Véanse también* homicidio; violación
asambleas: 62-63, 66, 77, 415-416, 424-425
asesinato. *Véase* homicidio
Asia: 88, 420-421
asociaciones de negocios: 365-366, 368, 369-371, 497-498, 559, 561. *Véanse también* derecho corporativo; sociedad
assize (sesión): 470, 482, 488-489. *Véanse también* Sesión de Armas; Sesión de Clarendon; Sesiones de Ariano; *novel disseisin*; remedios posesorios
assizes posesorios. *Véase* remedios posesorios
Atila: 405
Augsburgo: 382
Augusto. *Véase* César Augusto; Felipe II, *Augusto*
Austin, John: 633
Austria: 505, 514, 515, 529-530, 533-534, 549, 645; *Privilegium Minus*, 515, 549
Avranches: 270, 550
Azo: 304-306, 427, 563

Bacon, Roger: 610-611, 612-613
Bahro, Rudolf: 648
bailes: 435, 443, 450, 452, 453, 482, 487-488, 490-491, 496, 497-498, 537, 548, 550, 565, 644. *Véanse también* alguaciles; jueces
bailli. *Véase* bailes
Baja Edad Media: 25, 352
Baldo: 259, 609
Balduino I, conde de Flandes: 537
Balduino V, conde de Hainault: 485
Báltico, países del: 356
banca: 113, 363, 366, 368-369, 372-373. *Véanse también* crédito; derecho mercantil; dinero
bancarrota: 366, 368-369
Bandinelli, Rolando. *Véase* Alejandro III
Banos, Peter: 609-610
Barbarroja, Federico. *Véase* Federico I
Barcelona: 382, 484, 535, 536; tribunal consular de, 356-357; *Usages* de, 325, 535-536, 546
Barraclough, Geoffrey: 530, 604, 607, 647
Barth, Karl: 188
Bartolo: 259, 627
Basilea: 382
Basilio *el Grande*: 80
Bateson, Mary: 639
bautismo: 80, 124, 154, 186, 194, 195, 213, 240, 615-616. *Véase también* sacramentos
Baviera: 290, 505, 509, 514, 515, 517, 521, 533-534, 549, 550, 551, 552, 646-647; derecho ducal de, 530, 531-534. *Véase también* estatutos de paz
Beaumanoir, Felipe de: 324, 495, 496, 499-500, 502-503, 552, 563-564, 633, 634, 635, 643, 644; *Libro de las costumbres y usos de los beauvasianos*, 324, 327-328, 333-334, 341, 495, 496-498, 499-500, 502-503, 552, 563-564, 633, 634, 635, 643, 644
Beauvais: 383, 384-385, 386-387. *Véase también* Beaumanoir, Felipe de
Bec, Abadía de (Normandía): 185. *Véanse también* Anselmo, San; Concordato de Bec; Lanfranco; Juan de Salisbury
Becket, Tomás: 60, 97, 117, 123, 269-284 *passim*, 457, 458, 550, 558, 630
Beda: 82-83, 399-400, 596
Behrens, Dietrich: 608
Bela III, rey: 538, 550
Bélgica: 536
Benedicto XV: 622-623
beneficio de clerecía: 271-272, 258-278, 384-385, 441-442, 549, 629-630. *Véase también* derecho canónico
beneficios: 234-236, 252-253, 313, 530-531, 557
Bennett Munro, William: 640
Benson, Robert L.: 607
Beowulfo: 70, 595
Berengario de Tours: 185, 615
Berenguer I, conde: 535, 536
Bérgamo: 406
Berger, Raoul: 595
Bernardo de Claraval, San: 208-209, 613
Beyerle, Franz: 639
Beyerle, Konrad: 647
Beza, Theodorus: 618-619
Biblia, la: 12-13, 36, 63, 75, 85, 86-87, 109, 123, 126, 132, 142, 160, 163, 172, 174, 178, 179, 183, 211, 212-213, 298-300, 303-304, 612-613; Nuevo Testamento, 36-37, 75-76, 126, 158-159, 161, 178, 211, 212, 261, 293-294; Antiguo Testamento, 12-13, 39, 41, 75-76, 90-92, 126, 158-159, 161, 172, 178, 179, 212, 261, 273, 293-294, 297, 298-299,

555-556, 612-613, 616-617. *Véase también* ley mosaica
bienes muebles: 248, 365-366, 497-498; hipoteca de, 368-369; comparados con otros bienes, 313, 365
Bizancio. *Véase* Constantinopla
bizantino, Imperio. *Véase* romano de Oriente, Imperio
Blackstone, William: 9, 50, 283, 358, 636
Bloch, Marc: 33, 53, 74-75, 311-312, 320, 327, 593, 594, 596, 602-603, 606, 633, 634
Bloch, R. Howard: 596, 606
blood feud: 61, 62, 65, 66-67, 70, 71, 74, 76, 77, 83, 86, 554
Bódde, Derk: 601
Boecio: 73, 150, 152, 612
Boehmer, Heinrich: 596
Bohannan, Paul: 599
Bohemia: 34-35, 102, 505, 534, 646
Bolonia: 133-134, 135, 382; Universidad de, 12, 130-142, 171, 175, 326, 347, 382, 406, 442, 447-448, 462, 512, 547, 555-556, 604, 607, 608, 646
Bóna, István: 594
Bonaini, Francesco: 640
Bonifacio VIII, papa: 598, 607, 622
Borgoña: 99, 108, 490, 505, 511, 534
borgoñones: 483
Borkenau, Franz: 595
Bouvines: 484, 485-486; batalla de, 551
Brackmann, Albert: 645
Bracton: *Note Book*, 610, 644, 649; *Treatise on the Laws and Customs of England*, 133, 307, 326-327, 364-365, 478, 480-481, 502, 503, 552, 563-564, 607, 610, 637
Brachylogus: 260
Brakespeare, Nicholas. *Véase* Adriano IV, papa
Brandenburgo: 528, 533-534, 646
Brandileone, Francesco: 641
Bras, Gabriel Le: 610
Brescia: 406
Bretaña: 455-456
bretones: 483
Brinton, Crane: 593
Bristol: 382
British Library: 649
Brooke, Christopher N. L.: 639
Brown, Norman O.: 37, 593
Brown, Peter: 67-68, 97, 120, 595, 603-604, 606
Brown, Tomás: 464, 483
Brujas: 290, 382, 389, 537, 550
brujería: 68, 154
Bruner, Jerome: 599
Bruno, arzobispo de Colonia: 389
Brunswick: 533-534
Buckland, W. W.: 626
Buch, Johann von: 646
budismo: 89
buena fe: 160; comprador de buena fe, 365-366, 370-371, 542, 561, 637
Buisson, Ludwig: 643
Bula de Oro: 307, 308, 538. *Véanse también* derecho húngaro; Carta Magna
Búlgaro: 512, 550
Burcardo de Worms: 156, 609, 621; *Decretum* de, 154, 156, 621; Penitencial de, 82
Burke, Edmund: 28, 52, 215

caballeros: 115, 317-319, 333, 375, 377, 435-436, 461, 531-532, 569, 642; investigación de los servicios de los caballeros, 550; pago en dinero a cambio de prestar servicio militar *(scutage)*, 308, 319; *scripta de feodis*, 436. *Véanse también Catálogo de Barones*; derecho feudal
Cachemira: 72
Caenegem, R. C. van: 642
Cahn, Kenneth S.: 628
Calabria: 107, 429, 431, 433-434, 456, 487, 546. *Véase también* Sicilia
Calasso, Francesco: 408, 640
Calvino, Juan: 35, 353, 593, 618-619; calvinismo, 35, 41, 210, 281-282, 593, 618-619
Cambrai: 383, 385, 546, 604
Cambridge, Universidad de: 28, 137
campesinado: 73, 100, 113, 310, 316, 317, 332-348, 351, 375, 376, 499, 532, 560-561, 564-565, 569, 583. *Véanse también* agricultura; señor-vasallo, relaciones; derecho señorial; campesinas, revueltas; servidumbre
campesinas, revueltas: 36, 340, 345. *Véase también* campesinado
cancillería, canciller: 222-223, 264, 358, 363, 435, 464, 465-466, 467, 474, 482, 487, 506, 510, 531, 538, 539, 540, 542-543, 553, 548, 557, 562; papal, 220-221, 222-223, 553, 557
Canción de Rolando: 113, 483
canon redintegranda: 253-254, 257. *Véase también* expoliación
Canon: 211
Canossa: 106-107, 546
Cantor, Norman F.: 592, 603
Cantorbery: 77, 113, 125, 276, 456, 479, 551. *Véanse también* Anselmo, San; Becket, Tomás; Dustan; Juan de Salisbury; Lanfranco; Walter, Huberto
Canuto II, rey: 539
Capeto, Hugo, rey: 484
Capeto, Margarita: 538
capital, pena: 77, 385, 499-500, 532-533
capitalismo: 21-22, 23, 45, 53-54, 55, 56, 112-113, 349-350, 566-567, 568, 569-572, 574, 575-576, 577-578, 584, 585, 635-636, 644; y la religión, 352-355
Cappelletti, Mauro: 265, 629
Capua: 107

Cardenales, Colegio de: 104, 219, 220, 224, 546, 625
Carlomagno: 13, 71, 76-77, 83-84, 86, 98-99, 100-101, 217, 322, 405, 426, 433, 505-506, 594, 597, 598, 606, 618, 621, 623. *Véanse también* imperio; franco, Imperio; derecho franco
Carlos de Anjou: 433
Carlyle, A. J.: 634
Carlyle, R. W.: 634
carolingio, Imperio. *Véase* franco, Imperio
Carta feudal para Hainaut: 551
Carta Magna: 277, 307-308, 323, 359-360, 538, 550, 551, 632, 636, 642
Caso de los Cinco Caballeros, el: 593
castigo: 64-66, 177-178, 183, 184, 191-192, 194-195, 198-199, 271, 280-281, 523-524, 525, 532-533, 556, 619. *Véanse también* expiación; penitencias
Castilla: 374, 534-535, 536. *Véase también* España
Catálogo de Barones (Catalogus Baronum): 436, 548
Cataluña: 534, 535-536
causa: 259-260, 263. *Véase también* derecho de contratos
Cayo: 148, 256-258, 303
cédulas de libertades: 340, 379-380, 383-384, 385-389, 399-404, 411-412, 415, 548, 549, 550, 551, 561, 581. *Véanse también* ciudades; Carta Magna
César Augusto: 98-99, 255
César, Julio: 13, 255
cesaropapismo: 98, 442-443, 456-457. *Véase también* emperador, autoridad y papel del
Cesión al conde Godofredo: 551
Cicerón: 137, 150, 293-294
ciencia: 18, 26-28, 31-33, 112-114, 143-144, 162-163, 166-168, 170-171, 556, 580, 581, 606, 610, 611. *Véase también* legal, ciencia
Cipriano, San: 123
cisma de las Iglesias de Oriente y Occidente: 115, 190, 546, 606-607, 617-618
cisterciense, orden: 111, 547
Ciudad de Dios: 120. *Véase también* Agustín de Hipona
ciudadanía: 42-43, 383-384, 415-417, 420-422, 531-532, 559, 561-562. *Véase también* ciudades
ciudades: 13, 36, 99, 100, 102, 112, 113, 124, 133-134, 172-173, 218-220, 290, 298, 349-350, 361-362, 363, 372, 374-375, 380-409, 410-411, 412-413, 414-416, 418-420, 421-423, 534-535, 545, 561-562; alemanas, 389-398; flamencas, 388-389; francesas y normandas, 388-389; inglesas, 398-404; italianas, 404-409, 429-430, 433, 434, 449-450, 457, 483, 605. *Véanse también* ciudades individuales; derecho urbano
civil, desobediencia: 179, 295-296. *Véase también* derecho, soberanía del
civiles, derechos y libertades: 561-562. *Véanse también* constitucionalismo; derecho, soberanía del
Civitate: 429
clanes: 483
Claraval, Bernardo de: 613
Clarendon, Constituciones de. *Véase* Constituciones de Clarendon
Clarendon, Sesión de. *Véase* Sesión de Clarendon
Clemente V, papa: 622, 637
clero: como consejeros reales, 62-63, 75-76, 107; conciencia de clase del, 114-115, 117-120, 126-128; y su relación con las autoridades seculares, 20, 96-98, 101-106, 117-119, 205-206, 234-235, 463; conciencia social del, 113-114, 117-118, 119-120, 122-123. *Véanse también* beneficio de clerecía; Iglesia; monasterios
Clito, Guillermo: 388
Clodoveo, rey: 63-64, 75
Clune, R. B.: 628
cluniacense, Reforma: 16-17, 97-98, 99, 100-101, 118, 269, 316, 456. *Véase también* Cluny, Abadía de
Cluny, Abadía de: 99-100, 118, 181-182, 546. *Véanse también* cluniacense, Reforma; Paz de Dios; simonía; Tregua de Dios
Codex Iuris Canonici (1918): 622-623
códigos y codificación: 35, 43, 75, 76-77, 137-138, 193, 212, 372, 439, 444-445, 501, 563, 599-601, 622-623
cofradías: 222-223, 225, 227, 230
Cohn, Norman: 36-37, 38, 593
Coing, Helmut: 607, 608, 609, 620, 629
Coke, Edward: 166, 292
Colomán, rey: 538, 547
Colonia: 173, 290, 298, 350, 360, 374, 382, 389-393, 508, 516, 528, 546, 547, 636
Columbano, San: 82
combate, juicio por. *Véase* prueba de combate
comercio: 109-113, 335, 349-351, 352, 368-370, 376-377, 561. *Véase también* derecho mercantil
commenda. *Véase* asociaciones de negocios
Commentaries on the Laws of England: 9. *Véase también* Blackstone, William
compagnia. *Véase* asociaciones de negocios
Compte, Augusto: 567
compurgación: 61, 68, 71, 76, 263, 269-270, 273-274, 323-324, 444, 471, 472, 473, 501, 520, 539, 554, 562. *Véase también* juramentos
comunas para la paz: 385, 409-410, 414
comunas: 346-348, 383-384, 385, 388, 408-409, 411-412, 546, 561, 593. *Véanse también* cédulas de libertades; ciudades

comunismo: 11, 35, 43-44, 46, 47, 48-49, 594
conceptualismo: 591, 609. *Véase también* nominalismo
conciencia: 40-41, 87-88, 264, 266-267, 295-296, 426, 541-543, 555, 579, 593. *Véanse también* equidad; derecho natural; razón
conciliar, movimiento: 581
Concilio de Arles: 620-621
Concilio de Calcedonia: 620-621
concilios: 86-87, 211, 457, 620-621; de Bourges, 100; de Clermont, 183, 208; de Constanza, 227; de Francfort, 101; de Nicea, 211; de Reims, 208; de Tours, 208; de Trento, 239, 622-623; Sínodo de Roma, 104, 219, 429-430, 546, 625; Tercer Concilio Lateranense, 215, 219-220, 550; Cuarto Concilio Lateranense, 186, 264. 473, 551, 615
Concordancia de cánones discordantes (Decretum). *Véase* Graciano
Concordato de Bec: 97, 269, 458, 547. *Véase también* Querella de las Investiduras
Concordato de Worms: 97, 108, 226, 385, 458, 507-508, 553, 548, 554. *Véase también* Querella de las Investiduras
confucianismo: 89, 92
Congar, Yves: 602, 617
Connolly, R. J.: 620
conocimiento de embarque: 366
Conrado II, emperador: 316, 323, 405, 508, 623; estatuto feudal de. 546
Conrado III, emperador: 512
Conrado, duque de Zähringen: 393
consejeros *(scabini, échevins, Schoeffen)*: 385, 388, 389, 390-391, 394-396, 397-398, 416, 540, 565
Consistorio: 221. *Véase también* papal, tribunal
Consolato del Mare: 356-357
conspiración: 499-500
Constantino I, emperador: 53, 98-99, 179, 404-405, 506, 596-597
Constantinopla: 98-99, 111, 112-113, 180, 349, 369, 430, 538, 597, 605
constitucionalismo: 19, 42, 54, 225, 237, 414-416, 427, 561-562. *Véanse también* derecho constitucional; derecho, soberanía del
Constituciones de Clarendon: 270, 271, 272, 470, 549, 550, 558
Constituciones de Melfi: 445. *Véase también Liber Augustalis*
Constituta Legis et Usus de Pisa: 372, 549
Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant: 358, 636
cónsules: 408, 416; de comerciantes, 363, 393. *Véanse también* derecho mercantil; gobierno urbano; derecho urbano
Contín, Agustín: 593, 603
Conventio vincit legem: 499, 644
Copérnico: 32
Corán, el: 172, 612-613. *Véase también* Islam
Corpus Iuris Canonici (1580): 157, 216, 266, 622-623. *Véase también* derecho canónico
Corpus Iuris Civilis: 138, 139-140, 142, 216. *Véanse también Corpus Iuris Romani*; derecho romano; derecho romano de Justiniano
corpus iuris Romani: 19, 157, 216. *Véanse también Corpus Iuris Civilis*; derecho romano; derecho romano de Justiniano
costumbre y el derecho consuetudinario, la: 8-9, 17-18, 21, 22, 23, 75, 95, 220, 282, 283, 287-288, 289, 425-426, 506-507, 521, 526-527, 531, 536-537, 539, 540, 541, 551, 554-555, 578-579, 584, 591-592, 597-598, 559-600; doctrina canonista de, 154-157, 272; en relación con las Constituciones de Clarendon, 270, 272; en el derecho feudal, 312-318, 325-327, 337; en el derecho germánico, 59-94, 237-238, 241, 336, 563-564; actitud de los reformadores gregorianos hacia, 122-123; en el derecho señorial, 333-334, 342-343, 344-345, 559-561, 564-565; en el derecho mercantil, 351-352, 355-358, 561; en el derecho real, 437, 438, 439, 462-463, 478, 492-496, 498-499, 500-504, 521-522, 643, 644-645; en el derecho urbano, 395, 417, 418-419. *Véase también* jurisprudencia histórica
Costumbres de Génova: 372, 546
Costumbres de los feudos (Libri Feudorum): 325-326, 547
costumbres, obediencia a las: 65, 156, 444
Coulanges, Fustel de: 421
Cournand, André F.: 611
Cox, Harvey: 640
crédito: 366, 367-368, 369, 372, 637. *Véanse también* banca; derecho mercantil; dinero
Cremona: 406
criminal, procedimiento de lo: 63-71, 263-267, 275-276, 341-343, 443-444, 451-454, 470-473, 496-498, 499-501, 535-536, 537-538, 619-620. *Véanse también* compurgación; tribunales; juramentos; ordalías; pruebas; juicio por batalla; pruebas por testigos
cristiandad, concepto de: 11-12, 27, 28, 36, 41, 61, 98, 105, 111, 118, 125-126, 133, 172, 176, 208-209, 237, 505, 506-507, 508, 510, 516-517, 527-528, 534, 541-542, 553, 556-557, 558. *Véanse también* cristianismo; judaísmo
cristianismo: 9, 11-12, 53, 63, 64, 73-74, 75-76, 89, 120, 189-190, 208, 209; su concepto de la historia, 37-39, 177-179; y la realeza, 72-79; y el derecho, 85-87, 92-94, 177-181, 182-183, 184, 186-187, 189, 190-191, 228-230, 240-241, 242-243, 352-353, 354-355, 413-414, 554-555. *Véanse también* Anselmo; Agustín; Calvino; derecho canónico; cristiandad; cristianismo de Oriente; Iglesia;

germánica, religión; Lutero; monasterios; papado; protestante, Reforma; capitalismo, y la religión; religión en Oriente; teología
cristianismo de Oriente: 11-12, 25-26, 89, 105, 115-116, 178-193, 208, 211-212, 353, 542, 546, 605, 614, 615-616, 617-618. *Véanse también* cristianismo; Iglesia; cisma de las Iglesias de Oriente y Occidente
Cristo: 178-179, 226, 605
Croacia: 538
Crombie, A. C: 610-611
Cromwell, Oliver: 26, 52, 122-123, 272, 592
Crump, C. G.: 620
cruzadas: 111, 115, 183, 335, 351-352, 429-430, 464, 515-516, 547, 605; Cruzadas Populares, 36
"cuatro doctores, los": 512-513, 549, 550
Cuerpo de Libertades (1641): 43-44
culpa: 199-207, 441. *Véanse también* derecho criminal; intención; negligencia; retribución
cy pres, doctrina: 249

Chalandon, Ferdinand: 641
Champaña: 484
Champourcin, Ernestina de: 593
Chaney, William A.: 597
Chardin, Teilhard de: 7
Charlesworth, M. J.: 617
Chénon, Émile: 643
Chesler, Robert: 612, 649
Childerico III: 631-632
China: 78, 88, 433, 567; percepción china del derecho, 501, 601, 611
Chodorow, Stanley: 609, 610, 622

Damiano, Pedro: 104-105, 604, 607
Danelaw: 426
daneses: 62, 76-77, 102, 399; Dinamarca, 12, 326, 429
Danstrup, John: 647
Dante Alighieri: 182, 445
darrein presentment: 474-475 *Véanse también mort d'ancestor*; patronato; remedios posesorios
Dawson, Christopher: 77, 596, 597, 599
Dawson, John P.: 139, 142, 472-473, 491-492, 608, 634, 644-645
decreto de paz contra los incendiarios. *Véase* incendio
decretos falsos. *Véase* Seudo Isidoro
decretos: 109, 211-212, 215, 267-268; *Saepe Contingit*, 364
defensa propia: 159, 441, 450. *Véase también* legítima defensa
delito civil *(tort)*: 35-36, 161, 235, 237, 474-475, 477, 478, 480, 557. *Véanse también* civil, procedimiento; criminal, procedimiento de lo; derecho civil; derecho criminal; formas de acción; intención; negligencia
delitos. *Véanse* derecho criminal; religiosos, delitos; sexuales, delitos
demencia: 177-178, 441, 451
derecho anglosajón: 64, 65-66, 67, 70-71, 79-80, 83-84, 85, 90, 93, 471. *Véanse también* derecho consuetudinario germánico; derecho franco
derecho arcaico: 71-72, 92-93, 595-596. *Véase también* derecho consuetudinario germánico
derecho canónico (incluye el derecho eclesiástico): 9, 12, 18-19, 20, 21-22, 28, 32, 40, 59-60, 63, 75-77, 81-82, 83, 96, 97-98, 124-129, 153, 154-154-156, 157-159, 173-174, 183, 208-210, 211-248 *passim*, 287-289, 303-304, 330, 334, 338, 344, 478, 527, 534, 535-536, 539-543, 545, 546, 549, 551, 553, 554, 555-560, 561, 562-563, 564, 578-579, 581, 584, 585-586, 591-592, 597, 598, 602, 604, 620-623, 626, 627, 646-647; y el derecho mercantil, 355-356, 360-362, 364-365, 370-371, 556-559; y el derecho real, 430-431, 438, 439-440, 441-442, 447, 448-450, 478, 479, 492-493, 495, 496-497, 498-499; aspectos constitucionales del, 217-234, 557; de los contratos, 257-263, 557; de las corporaciones, 227-237, 557; criminal, 86, 193-208, 237-238; y el derecho urbano, 398, 412-413, 414, 558-559; historia antigua del, 211-213; *ius canonicum*, 96, 213-214, 266, 545-553; Lutero y el, 24, 25-26, 29, 31, 40-41, 209-210, 353; de la herencia, 242-249, 557; del matrimonio, 86, 238-242, 557; de procedimientos, 263-266; de propiedad, 86, 249-260, 475-477, 557; y su relación con el derecho romano, 63, 154-156, 157, 211-212; y su relación con el derecho secular, 34, 61, 85-86, 126-129, 225-226, 267-268, 332; carácter sistemático del, 154-158, 214-217, 237-238, 256-258, 259-260, 262-264, 266-268, 557. *Véanse también* beneficio de clerecía; Canon; *canon redintegranda*; *Corpus iuris canonici*; decretales; derecho divino; Graciano; penitenciales; tribunales eclesiásticos
derecho celta: 62, 80-81, 237-238
derecho civil y sus procedimientos: 25-26, 34-36, 45-46, 47-48, 274-276, 444-446, 495-498, 500-501, 526-527, 530, 535-536, 538-539, 562-563. *Véase también* contrato; delito civil; derecho corporativo; enriquecimiento injusto; escritos; pruebas; remedios posesorios; tribunales
derecho común *(ius commune)*: 447-448, 478, 503; inglés, 467-481, 503-504; francés, 503-504; alemán, 526, 541. *Véanse también* derecho canónico; derecho inglés; derecho romano
derecho constitucional: 217-236, 526-527, 557, 559, 570-571. *Véase también* constitucionalismo
derecho consuetudinario germánico: 12-13, 18-19, 59-94, 213, 229-230, 232, 238, 242, 249, 263, 264, 313-318, 468, 497, 554-555, 646-647. *Véanse también* asambleas; costumbre y el derecho consuetudinario, la; derecho arcaico; derecho franco; religión germánica; tribunales germánicos
derecho consuetudinario. *Véase* derecho consuetudinario germánico
derecho corporativo: 47, 54, 160, 161, 227-234, 251-252, 266, 366-367, 370, 371, 380, 411-412, 500-501, 626; teoría del, 227-230, 231-234, 557, 626; corporaciones eclesiásticas, 229-234, 249-252, 257-258, 355-356. *Véanse también* fundaciones; *trusts*
derecho de contratos: 35, 40-41, 45-46, 47-48, 54, 95, 212, 235-236, 237, 240, 242, 257-263, 266, 275, 320-322, 361-362, 365-366, 372-373, 446-447, 474, 480, 497-498, 500-501, 535-536, 556, 557, 561, 609, 643. *Véase también* derecho civil y sus procedimientos; derecho feudal; matrimonio; derecho mercantil
derecho divino: 41-42, 56, 93-94, 95, 109, 151, 155-156, 178-179, 182-183, 204-205, 209-210, 274-275, 287, 308-309, 355, 439, 553, 556-557, 591-592, 626. *Véase también* derecho natural
derecho familiar: 46-47, 180, 235, 238-242, 248-249, 250, 397, 441, 480, 498, 527, 528, 554
derecho feudal: desarrollo temprano del, 17-18, 61, 62-63, 77-78, 237-238, 242, 311-318, 384-385, 461-462, 546-552; a partir del siglo XI, 20, 59-60, 173-174, 188, 287-288, 475-476, 497-498, 506, 507, 508, 526, 531, 534-535, 542-543, 559-560, 561, 564-566, 570-571, 578-579; y el derecho canónico, 93, 98, 108-109, 124-126, 246-247, 249-252, 311; y el derecho señorial, 287-288, 332, 338, 348; y el derecho mercantil, 362-373; y el derecho urbano, 384-385; y el derecho real, 435-436, 441-443, 463, 466, 478, 483-485. *Véanse también* tribunales feudales; feudalismo; caballeros; señor-vasallo, relaciones; derecho feudal en los principados y territorios individuales
derecho franco: 18-19, 62-64, 71, 73-74, 75-77, 78-80, 83-84, 212-213, 314, 332, 433-434, 444, 455-456, 470-471, 476, 477, 597-598. *Véanse también* franco, Imperio; derecho consuetudinario germano
derecho indoeuropeo: 71, 594-596. *Véanse también* derecho arcaico; derecho consuetudinario germano
derecho internacional (derecho de las naciones): 9, 50, 138, 283, 355-356, 414, 428-429, 450
derecho judicial: 21, 35, 52, 82-83, 166, 297, 493-494, 497-498, 500-501, 502, 503, 591-592, 644. *Véase también* decretales
derecho marítimo: 356-357. *Véase también* tribunales marítimos
derecho mercantil: 9, 20, 60, 96, 173-174, 217, 283, 287-288, 338, 349-373, 398, 455, 527, 531-532, 534-535, 543, 559, 561, 565, 578, 636-638. *Véase también* tribunales mercantiles
derecho natural: 39, 157-158, 290, 347-348, 397, 439-440, 578-579, 591-592, 626. *Véase también* derecho, teorías del
derecho norteamericano: 14, 42, 239, 246, 248-249, 252, 267
derecho penal: 63-71, 78-85, 181-185, 195-208, 234-235, 237-238, 271, 273-274, 341-344, 499-450, 523-524, 526-527, 528, 530, 532-533, 535-536, 537, 539, 545, 562-563, 584-585, 586; delito y pecado, 197-208. *Véanse también* asalto; conspiración; culpa; felonía; herejía; homicidio; intención; negligencia; retribución; robo; sexuales, delitos; traición
derecho real: 12, 20, 28, 63, 78-80, 156, 217, 279-282, 325-327, 359-360, 364-365, 424-429, 539-543, 559, 561-565, 578-579; *regalia*, 108, 513, 532, 645. *Véase también* principados y territorios individuales
derecho romano de Justiniano: *Código*, 137-138, 255, 608, 614; *Digesto*, 133, 137-140, 148, 150, 228-229, 255, 259, 267, 299, 330, 547, 555, 607, 614, 624, 627; *Instituta*, 137-138, 255, 256, 608, 614; *Novelas*, 137-138, 326, 604, 614; reconstrucción de los romanistas occidentales del *Digesto*, 140, 299, 303-304, 607, 624, 627. *Véase también Corpus Iuris Civilis*; *Corpus Iuris Romani*
derecho romano: en Bizancio después de Justiniano, 180, 216-217, 614; clásico, 146-149, 238, 255-256, 263, 303-304, 414, 608; posclásico, 12-13, 18, 19, 131-132, 143, 148-149, 157, 174, 180-181, 216-217, 304, 494, 609, 623-624, 634; en el periodo franco-germano, 12-13, 63, 77-78, 95, 132, 216-217, 493-494, 594; reconstrucción del, en occidente a partir del siglo XI, 12-13, 17-18, 19, 129, 174, 216, 259, 267-268, 288, 293-294, 302-305, 325, 344-345, 356-357, 425, 439, 447-448, 493-495, 497-498, 513, 526, 534-538, 555-556, 559, 563-564, 608, 609, 623-624, 634, 645-647, 647; relación del, con el derecho canónico, 154-155, 157, 159-160, 204-205, 212-213, 216-217, 240; relación del, con la filosofía griega, 143-152; de contratos, 257-263, 361-362, 474; corporativo, 227-233; de propiedad, 255-256, 475-478; de sucesión, 243-246. *Véase también* derecho romano de Justiniano

derecho secular: 12, 20, 34, 35-36, 287-288, 527-528, 556, 558-559; en el periodo germánico, 82-83, 95, 97, 197-198; y la Revolución papal, 12, 20, 22, 33-34, 38-39, 61, 97-110, 114-115, 117-119, 126, 128-129, 161, 197-198, 204-207, 267; y el derecho natural, 157-158, 267-268; desde el siglo XVI, 124-126, 281-283. *Véase también* secular, mundo
derecho señorial: 20, 60, 95-96, 287-288, 311, 312, 332-348, 349-351, 357, 371, 442-443, 534-535, 542-543, 559-561, 565, 578-579. *Véanse también* costumbre y el derecho consuetudinario, la, en el derecho señorial; tribunales señoriales; señoríos
derecho sobre la tierra: 69, 248, 250-253, 327-329, 332, 338-339, 365-366, 375, 477-478, 498. *Véanse también* derecho feudal; derecho real; *Sachsenspiegel*
derecho soviético: 43-51, 619
derecho tribal. *Véanse* derecho arcaico; derecho consuetudinario; derecho franco; derecho consuetudinario germano; Alemania, derecho territorial
derecho urbano: 12, 20, 54-55, 59-60, 96, 173-175, 217-218, 287-288, 338, 349-350, 354, 357, 364-365, 374-423, 424-426, 448-449, 523-524, 526-527, 528, 537-538, 539, 543, 546-552, 559, 564-565, 578-579, 646. *Véanse también* cédulas de libertades; ciudades; comunas; tribunales urbanos; gobierno urbano
derecho, como cuerpo o sistema: 18-19, 20, 21-22, 46, 49-50, 59-60, 61, 93-94, 95-96, 126-129, 211, 216-217, 237-238, 241-242, 259-260, 262-263, 266-268, 300, 312, 318-319, 325-327, 330-331, 332, 334-335, 344, 349, 364-367, 371-372, 417-419, 439, 445-446, 479, 489-490, 495-496, 556, 557, 563-564, 611; evolución del, 8, 14-15, 16-17, 26-27, 109, 116-117, 213-226
derecho, fuentes del: 21-24, 26-27, 52, 92-93, 95, 126-127. *Véase también* derecho, teorías del
derecho, lenguaje del: 52, 68-69, 172-175, 177, 479-480. *Véanse también* legal, ciencia; legal, razonamiento
derecho, soberanía del: 19-20, 35-36, 49-50, 227, 306-309, 437, 444-445, 447-449, 479-480, 481, 502, 527, 554, 557, 559, 563-566, 570-571, 633
derecho, teorías del: 7-10, 13-22, 31-33, 46-52, 59, 85-90, 92-94, 95-96, 126-129, 211-213, 445-446, 489-490; jurisprudencia histórica, 8-9, 21-22, 26-27, 50-51, 55-56, 583-584; jurisprudencia integrativa, 8-9, 55-56; teoría del derecho natural, 8, 22, 26-27, 41-42, 43, 50-51, 55-56, 109, 150-151, 155-158, 209-210, 266-267, 283, 287, 301-302, 314, 347-348, 396, 578-579, 584, 591-592, 634; positivismo legal, 8, 23, 26-27, 41, 49, 50, 55-56, 157-158, 584, 613; teoría social del derecho, 7-8, 53-56, 591-592; jurisprudencia sociológica, 21-22. *Véase también* costumbre y el derecho consuetudinario, la; derecho divino; justicia; derecho, como cuerpo o sistema; derecho, fuentes del; legal, educación; legal, razonamiento; legal, ciencia; derecho natural
Derry, T. K.: 647
Descartes, René: 166
desleal, competencia: 261, 262-263
Deusdedit, cardenal: 214
Deutsch, Karl W.: 601
Deutschenspiegel: 528, 552, 646-647
dialéctica: 141-154, 362, 555-556, 608. *Véanse también* legal, razonamiento; legal, ciencia; escolasticismo; ciencia
Dialogue of the Exchequer, The: 479, 550
Diamond, A. S.: 90-92, 594, 595-596, 599-601
Dicey, lord: 633
Dickinson, John: 292, 630, 631, 632
Dictados del papa (Dictatus Papae): 106, 114-115, 117, 218, 269, 425, 456, 545, 546, 622, 625. *Véanse también* Gregorio VII; papal, Revolución
Diez Mandamientos, los. *Véase* ley mosaica
Diffidatio. *Véase* señor-vasallo, relaciones
Dinamarca: 326
dinero: 337, 367, 378. *Véanse también* banca; crédito; derecho mercantil
divorcio: 46-47, 180, 238-242. *Véase también* derecho familiar; matrimonio
Doce Tablas, las: 93, 243
Domesday Book: 336, 399, 403, 469, 482, 547, 639, 640
donativos: 247-248, 498. *Véase también* beneficios; fundaciones; herencia; *trusts*
"dos espadas", doctrina de las: 102-103, 293, 299, 527, 553, 607
Duby, Georges: 311-312, 633
Dunstan, arzobispo de Cantorbery: 77
Durazzo: 374
Durkheim, Émile: 640

Ecloga: 614
Échevins. *Véase* consejeros
Edad Media, concepto de: 24-25, 28, 53-54, 289-290, 293, 310, 352, 418, 565-566, 568-569, 577-578. *Véanse también* feudalismo; historia, teoría y naturaleza de la; Marx, Carlos; Weber, Max
Edda islandés: 595
Edgardo, rey: 77
Edicto de Rotaris: 64, 594
Edictus Rothari: 594
Edimburgo: 172-173
Eduardo *el Confesor*, rey: 455-456

Eduardo I, rey: 426
Eliot T. S.: 271
emperador, autoridad y papel del: 25, 61, 76-77, 83-84, 100-101, 102, 103, 104-108, 114-116, 120-122, 179-180, 212, 217-218, 290-291, 424-427, 448-449, 505-506, 507-508, 524-526. *Véanse también* Carlomagno; Conrado II; Constantino I; imperio; Federico I; Federico II; Federico III; Enrique III; Enrique IV; Justiniano; Otón II; Otón III
empresa conjunta. *Véase* asociaciones de negocios
encarcelamiento: 499
Engels, Federico: 570, 648
Enrique *el León*, duque: 393, 509, 512, 530-531, 549, 550
Enrique I, rey: 108, 117, 269-270, 272, 387, 399, 400, 458, 472, 482, 547, 558, 639
Enrique II, rey: 290, 298, 326, 360, 401, 426, 485, 486, 487-488, 511, 519, 538, 549, 550, 563; conflicto de, con Becket, 123, 269-277, 457, 458; fundador del sistema inglés de derecho real, 459-481, 482; personalidad de, 459-460
Enrique III, emperador: 103-104, 551, 563, 604
Enrique IV, emperador: 97, 98-99, 104, 106-108, 116, 123, 272, 393, 406, 431-432, 546, 547, 604, 631-632. *Véanse también* emperador, autoridad y papel del; Querella de las Investiduras; reinado
Enrique V, duque de Suabia: 508
Enrique VI, emperador: 326, 445, 485
Enrique VIII, rey: 277, 646
enriquecimiento injusto: 35-36, 500-501
equidad: 8-9, 27, 52, 153, 180, 208-209, 260, 266, 295, 360-361, 364, 492, 495, 501, 542; en Inglaterra, 125, 246-249, 251, 264-265, 540, 542-543, 578-579. *Véanse también* conciencia; derecho natural; razón
Erasmo: 12, 621
Erdmann, Carl: 605, 645
Escandinavia: 62, 77, 80, 111, 172-173, 314
Escévola, Quinto Mucio: 146, 147
esclavitud: 42, 71, 240, 332, 336, 375, 421-422, 634, 635. *Véase también* servidumbre
Escocia, escotos: 62, 80
escolasticismo: 113-114, 141-142, 152-154, 158-160, 166-167, 171-172, 294, 556, 616-617. *Véanse también* Abelardo, Pedro; Anselmo, San; dialéctica; legal, ciencia; ciencia; teología
escritos (decretos): 275-276, 279, 326, 408, 443-444, 452-453, 467-471, 473-475, 478, 479-480, 482-483, 489-491, 500-501, 540-541, 558, 563-564. *Véase también* formas de acción
eslavos: 62, 76-77, 111, 334, 349, 505
España: 12, 63, 102, 134, 282, 297, 314, 316, 326, 347, 369, 534-535
Essaid, M. J.: 629
Estado-Iglesia: 124-126, 218-228, 341, 425, 554-555, 557, 580, 597
Estado: 33, 122, 124, 125, 289-290, 306-307, 341, 431-432, 465-466, 486-490, 510, 511, 514, 613, 631, 641. *Véanse también* Estado-Iglesia; reino
estados, sistema de *(société des ordres, Ständestaat)*: 412, 428
Estatuto de Bienes Básicos: 363, 410-411. *Véase también* derecho mercantil
Estatuto de Westminster: 359
Estatuto en Favor de los Príncipes: 530, 538, 552, 646
Esteban, rey: 269-273, 457-459, 462, 479, 558
estoica, filosofía: 144-145, 157, 180, 289, 293, 301, 542
Estrasburgo: 382
Estuardo, monarquía de los: 123
Etelberto: 64, 596; Leyes de, 64, 75, 594, 596-597
Etelredo, Leyes de: 77, 83-84, 85
eucaristía: 124, 154, 177-178, 185-186, 189-190, 207-208, 219, 551, 615-616. *Véase también* sacramentos
Euclides: 433
Eugenio III, papa: 280, 549
Europa: 88
evidencia. *Véase* pruebas
excomunión: 81-82, 100, 124, 154, 194, 270-271, 274, 276, 280-281, 558. *Véanse también* anatema; interdicto
expiación: 81-82, 177, 186-197, 207-208, 615-616, 617, 618-619. *Véanse también* penitencias; penitenciales; pecado
expoliación: 252-255, 256-257, 476-477. *Véanse también novel disseisin*; *seisin*
extranjeros: 134, 358-361, 400, 521-522, 523

falsificación: 472, 499, 523
Fanfani, Amintore: 635-636
Faventino, Juan: 254
fe, prenda de: 20, 257-258, 361. *Véase también* buena fe
Federico I, emperador: 290, 326, 393, 406, 426, 433, 445, 485-486, 500, 508, 509, 511-516, 517-522, 525-526, 529-530, 534, 535, 549, 550, 623, 624, 645-646
Federico II, emperador: 426, 433, 435, 442, 445, 446-447, 448, 452-453, 454-455, 522, 530, 550, 563, 605, 641-642, 645-646. *Véase también* Sicilia
Federico III, emperador: 426, 623
Felipe *el Largo*, rey: 347-348
Felipe II *Augusto*, rey: 276, 290, 326, 383, 385, 426, 484, 485-496, 511
Felipe II, conde de Flandes: 290, 388, 426, 484, 485, 537, 550
felonía: 271, 329-330, 470-473, 499-501; in-

cendio, 271; desorden, 271; violación, 271; robo, 271. *Véanse también* apelación de felonía; justicia superior; sexuales, delitos
ferias: 350, 356, 357, 358-359, 561. *Véanse también* tribunales de ferias; derecho mercantil
Fernando III, rey: 426, 536
Ferrando, conde de Flandes: 484
Ferrara: 406
feudalismo, concepto de: 53-54, 56, 310-314, 321, 337-338, 352-354, 565-566, 568-574, 578, 584, 611, 618, 633-634. *Véase también* derecho feudal
filioque, cláusula del. *Véase* cisma de las Iglesias de Oriente y Occidente
Flahiff, G. B.: 280-281, 630
Flandes (derecho flamenco): 297, 326, 335, 350, 363, 382, 388, 393, 536-537, 546-552, derecho real (condal) en, 429, 484-485, 536-537; derecho urbano en, 374, 382, 388-389, 393. *Véase también* Países Bajos
Florencia: 350, 382, 406, 407
Forchheim, Dieta de: 546
formalidad: 209, 265-266. *Véase también* formas de acción
formalismo, teoría del: 21-22, 51-52; en el derecho consuetudinario germánico, 67-72, 86-87, 89-90, 264, 265. *Véase también* formalidad; juramentos; pruebas
formas de acción: 16-17, 329-330, 343, 453, 474-473, 499-500, 501. *Véase también* escritos
Fournier, Paul: 321
francesa, Revolución: 15, 25, 29-32, 42, 45-47, 53, 60, 119, 123, 198-199, 281-282, 489, 592, 593, 603. *Véanse también* Francia; revoluciones
Francfort: 382, 394. *Véase también* concilios
Francia (derecho francés): 24, 28, 62, 63, 99-100, 102, 172-173, 281-282, 290, 297, 298, 505, 530, 563; derechos feudal y señorial en, 326-328, 336, 346-348; derecho real en, 424-426, 429, 459-460, 463, 477-478, 483-504, 541, 547; derecho urbano en, 374, 383-389, 547, 552. *Véase también* francesa, Revolución
franciscana, orden: 251-252
franco, Imperio: 18, 76-77, 85, 98-100, 101, 132-133, 212, 312, 313, 314-315, 320, 349, 350, 405, 505-506. *Véase también* Carlomagno; emperador, autoridad y papel del; imperio; derecho franco
frankalmoign: 250-251, 270. *Véase también* beneficios
Frankenspiegel: 528, 646-647
frankpledge: 471-472, 473
fraude: 161, 252-253, 254-256, 354, 361, 367, 447, 451, 452, 453-454, 467, 474, 476, 477. *Véase también* derecho de contratos
Friburgo: 290, 393-394, 548
Friedrich, Carl J.: 145, 648
Frisia: 393
Fuero Juzgo *(Lex barbara Visigothorum)*: 535
Fuero Real: 536
Fuller, Lon L.: 14, 591
fundaciones: 252, 512-513, 626. *Véanse también* derecho corporativo; *trust*

Galileo: 166
Gamer, Helena M.: 598-599, 614
Ganshof, F. L.: 604, 633-634
Gante: 290, 382, 388-389
gascones: 483
Gaudemet, Jean: 610
Gdansk, ciudad libre de: 36
Gefolgschaft: 313-314
Gelasio I, papa: 102, 293, 553. *Véase también* "dos espadas", doctrina de las
Génova: 290, 350, 361-362, 382, 388, 406, 546, 605
germánica, religión: 12-13, 18-19, 38, 62, 64, 70-71, 72-75, 78-79, 90-93, 192-193. *Véase también* derecho consuetudinario germánico
Gierke, Otto von: 229-230, 232, 626
Giesey, Ralph E.: 632
Gilchrist, John: 263, 628
Gilmore, Grant: 594
Gilmore, Myron P.: 632
Giuliani, Alessandro: 166, 611, 628
Glanvill: 460, 479, 649; *Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England*, 247, 321-322, 325-327, 468-469, 479-481, 483, 503, 541, 551, 563, 644
glosadores: 154-155, 259, 267-268, 303, 625, 626. *Véase también* derecho romano
Gluckman, Max: 85, 599
gobierno urbano: 388-390, 391-392, 393, 394, 399-400, 401, 403-404, 405-406, 407-409, 411-412, 414-416. *Véanse también* cédulas de libertades; ciudades; comunas; tribunales urbanos: derecho urbano
Godofredo, conde de Anjou: 459, 463, 469
godos: 132, 405
Goethe, Johann Wolfgang von: 16
Goldschmidt, Levin: 369, 635, 636, 637-638
Goodell, Grace: 611, 648
Gordley, James R.: 70, 259, 594-595, 628
Görlitz: 395-397, 646
Grabmann, Martin: 608
Graciano: 154, 480, 563, 581, 609, 610, 619; *Concordancia de cánones discordantes (Decretum)*, 154-155, 156-159, 208-209, 213, 214, 215, 218-219, 233, 237-238, 262, 269-270, 272, 294, 303, 307, 330-331, 398, 553, 548-549, 562-563, 604, 610, 612, 615, 622, 624, 626, 631-632; habla sobre el matrimonio, 239, 241; habla sobre la naturaleza del derecho, 214-215, 591, 610, 624; habla sobre la expoliación, 253-257, 476-477
Grecia antigua: 9, 11, 12, 13, 24-25, 59, 123, 143, 153, 157, 289, 295; ciudades de, 374, 377, 413; concepción del tiempo, 37; orden legal, 90, 93, 143-146, 267. *Véanse también* Aristóteles; platonismo
Greenaway, George: 274, 629
gregoriana, Reforma: 12, 13, 29, 31, 33-34, 95-129, 218-219, 311, 515. *Véanse también* Gregorio VII; Querella de las Investiduras; papal, Revolución
Gregorio de Niza: 126
Gregorio VII, papa: 31, 33-34, 60, 64, 97, 104-109, 115, 116-117, 120-123, 130, 136, 213, 214, 218-219, 272, 383, 406, 425, 432, 456, 458, 460, 508, 515, 516, 538, 547, 562, 601-604, 605, 631-632. *Véanse también Dictados del papa*; gregoriana, Reforma; Querella de las Investiduras; papal, Revolución
Gregorio IX, papa: 215, 552, 622, 637. *Véase también* decretales
Gregorio Magno, papa: 596-597
gremios: 113, 117, 227, 355, 363, 391, 403, 404, 409-411, 561
Grimm, Jakob: 69, 595
Gross, Charles: 639, 640
Grosseteste, Robert: 610-611
güelfos, familia de los: 509, 512
Guildhall de Londres: 372
Guillermo *el Conquistador*: 101, 172-173, 269, 400, 455-459, 461-462, 468-470, 546, 605
Guillermo I, rey de Sicilia: 446, 525-526, 549
Guillermo II, rey de Inglaterra: 269, 456-458, 462
Guillermo II, rey de Sicilia: 436, 446, 449-450, 525-526, 549
Guiscardo, Roberto: 430, 431-432, 434, 456, 457, 546. *Véase también* Sicilia

habeas corpus: 360
Hale, Matthew: 166
Hall, G. D. G.: 642
Hamburgo: 382
Hampden, John: 41-42
Haskins, Charles: 443-444, 482, 607, 641, 642, 643
Heer, Friedrich: 322, 325, 633, 640
Hegel, G. F. W. von: 55, 567, 582
herejía: 36, 126, 158, 168, 198, 200, 219, 240, 248, 249, 265, 275, 441, 450, 499, 528, 611-612, 625, 631-632; herejía del Espíritu Libre, 36; herejía albigense, 486
herencias: 109, 128, 212, 235, 242-249, 266, 275-276, 278, 281, 298-299, 318-320, 325, 397, 442, 480, 497-498, 557
Herlihy, David: 326, 633, 648
Hildebrando. *Véase* Gregorio VII

Hilton, Rodney: 339, 342, 570-571, 633, 634, 638, 648
Hill, Christopher: 53-54, 594, 648
Hinschius, Paul: 625
historia, teoría y naturaleza de la: 7-10, 11-12, 14, 22-28, 34-38, 43, 53-54, 55-56, 128-129, 350, 351, 501, 553-554. *Véase también* derecho, teorías del
histórica, jurisprudencia. *Véase* derecho, teorías del
Hobbes, Thomas: 166, 291-292, 593
Hofmann, Max: 439, 441, 641
Hohenstaufen: 508
Holmes, Oliver Wendell, Jr.: 8-9
homicidio: 47, 77, 80, 83, 154, 441, 443, 450-451, 471-472, 499, 521, 523, 532-533, 595, 598, 601. *Véanse también* derecho criminal; felonía
Honorio, papa: 641
Hubrecht, Georges: 634, 644
Hugo de St. Victor: 122, 512
Huguccio: 214, 226, 254, 551, 622, 624, 626
Hungría (derecho húngaro): 12, 64, 99, 102, 111, 297, 308, 314, 429, 537-538, 546-552
Hus, Jan: 34-35

Iglesia: 11-12, 24-26, 28, 35, 41-42, 59, 74-75, 209-210, 457-458; como entidad legal, 61, 79-80, 211-212, 225-229, 222-224, 237-238, 545; como tenedor de propiedades, 75, 108-109, 115-116, 119, 249-253, 257-258, 353; como Estado, 124-125, 221-222, 239; en el Imperio romano de Oriente, 11-12, 126-128, 178-181; durante el periodo germánico, 72-87, 92-94, 97-103, 115-116, 190; jurisdicción de la, 20, 213-214, 233-235, 237-238, 242-246, 248, 249-250, 479-480, 527-528; organización de la, 95, 99, 101-103, 123-128, 222-223; y su relación con el orden secular, 30, 32-34, 56, 59-60, 62-63, 76-78, 93-94, 95-101, 109-129, 306-308, 351-352, 353, 424-425, 441-442, 565, 613; cisma del Este y el Oeste, 115, 190. *Véanse también* obispos; derecho canónico; cristiandad; cristianismo; cristianismo de Oriente; tribunales eclesiásticos; concilios; papado; papal, Revolución; protestante, Reforma
imperio: 76-77, 85-86, 97-99, 100-101, 120, 505-507. *Véanse también* emperador, autoridad y papel del; franco, Imperio; alemán, Imperio; romano, Imperio
"Imperio romano" en Europa occidental. *Véase* franco, Imperio; germano, Imperio
impuestos: 45, 124, 319-320, 337-339, 344-345, 359, 377, 384-386, 435, 444-445, 464, 481-482, 487, 507, 513, 514, 533, 559, 560, 640. *Véase también* derecho feudal

incendio: 47, 441, 443, 451, 472, 499, 551; decreto de paz contra los incendiarios, 646; estatuto sobre incendios, 522, 535, 551
incesto. *Véase* sexuales, delitos
individualismo: 40-41, 42-43, 55, 210, 613-614
indulgencias: 183, 614
Inglaterra (derecho inglés): 9, 22-23, 24, 27-28, 31-32, 62, 75, 102, 108, 117, 125, 175, 246, 247-249, 250-252, 290, 297, 298, 314-315, 455-456, 458-459, 460-461, 463, 505, 511, 530, 541, 542-543, 546-552, 558, 563, 591-592, 623-624, 635; derecho feudal y señorial en, 77-78, 313, 315, 318-319, 321-331, 336, 339-345, 461-462, 469-471, 472-473, 642, 644-645; derecho mercantil en, 356-360, 363, 364-365, 369, 372, 639-640; papel de la Iglesia en, 76-77, 101, 124-125, 264-265, 269-292, 455-459; derecho real en, 28, 31, 101-102, 264-265, 269-292, 424-425, 426, 428-429, 432, 455-483, 486, 487-488, 490-493, 497-504, 549, 591-592, 624, 639-640; parlamentos, 540; corte del canciller, 540; derecho urbano en, 374, 377-378, 382, 398-404, 411, 591, 639-640. *Véanse también* derecho anglosajón; Becket, Tomás; inglesa, Revolución; equidad; Enrique II; Normandía; normandos
inglesa, Reforma: 248, 277-278. *Véase también* protestante, Reforma
inglesa, Revolución: 15, 23, 26, 31-32, 33, 34-35, 41-42, 45, 47, 60, 119, 122-123, 281-282, 592, 593, 639-640. *Véase también* revoluciones
Inns of Court: 175, 541
Inocencio II, papa: 208, 620
Inocencio III, papa: 215, 257, 276-277, 551, 624
Inocencio IV, papa: 227, 448, 626
Institutio Pacis: 385. *Véase también* estatutos de paz
intención: 35, 200-203
interdicto (eclesiástico): 276, 558. *Véase también* excomunión
interdicto (en el derecho romano): 255-257; interdicto *vi et armata*, 138-139, 256-257. *Véase también* expoliación
interés: 261-262, 362, 557-558. *Véase también* usura
investigación: 264-265, 444, 469-470, 472-473, 475, 478, 482, 491, 492, 532, 550, 551; *enquête par turbe*, 491-492, 494, 501. *Véanse también* consejeros; jurado
Ipswich: 398-399, 400-404, 551
Irlanda (derecho irlandés): 73-80, 411, 459
Irnerio: 130, 133-134, 136, 154-155, 294, 304, 548, 563, 607. *Véanse también* Bolonia, Universidad de; glosadores; derecho romano
irrazonabilidad: 261, 262
Isidoro de Sevilla, San: 621
Islam: 11, 111, 172, 191, 380, 567, 605, 612-613. *Véase también* árabes
Israel, antigua: 12, 13, 24, 93-94. *Véanse también* Biblia, la; judaísmo; ley mosaica
Italia: 108, 111; ciudades de, 356-357, 363, 374, 383, 404-409, 505, 512, 521, 522, 592. *Véanse también* Lombarda, Liga; Paz de Constanza
Ivo, obispo de Chartres: 130, 154, 214, 547, 563; *Pannormia*, 154-155, 214

Jacob, E. F.: 620
Jacobo II: 592
Jaime I, rey: 535-536
Jerónimo, San: 217-218
Jerusalén: 36, 115, 291, 315, 448; reino de, 115, 315, 433, 605, 633
Joaquín de Fiore: 122
Jolliffe, J. E. A.: 480, 596, 639, 643
Juan de Salisbury: 173, 292, 293-294, 295, 296-297, 300-303, 630, 631; *Policraticus*, 121, 289-303, 427, 549, 607, 631
Juan *el Alemán* (Joannes Teutonicus): 254, 622
Juan XXII, papa: 622
Juan XXIII, papa: 603, 623
Juan, rey: 276-277, 331, 401, 484, 551, 558. *Véase también* Carta Magna
judaísmo: 9, 13, 37-39, 90-92, 93 157, 172, 178-179, 190-191, 196-197, 612-613. *Véanse también* Israel, Maimónides; ley mosaica; Rashi; Talmud
judíos: 100, 234, 235, 265, 350, 413, 429, 451, 497, 528, 612. *Véanse también* Israel; judaísmo; Maimónides; ley mosaica; Rashi
jueces de la paz: 500
jueces, poder judicial: 50-51, 61, 95, 96, 128, 211-212, 362-363, 443-444, 459-460, 464-465, 480, 488-489, 500-503, 510, 513, 515, 521-522, 529-533, 553, 549, 550. *Véase también* tribunales
jueces itinerantes: 464-465, 465, 470-474, 482, 486, 487, 488, 492-493, 565
juicio doble: 273-274
Juicio Final: 98, 107-108, 129, 177-183, 184, 207-208, 290, 515-516, 581, 586
jurado, desarrollo del: 17, 77-78, 363-364, 468-471, 472-474, 478, 482-483, 501, 539, 551, 564-565. *Véanse también* investigación; *Schoeffen*
juramento de coronación: 77, 631-632. *Véanse también* reinado; juramentos
juramentos: 68-72, 75-76, 100, 263, 266, 361, 380, 385, 391, 451-452, 496, 500, 501, 502, 513, 516-517, 518, 520, 521, 532, 554, 557, 579; de coronación, 77, 631-632; de fidelidad, 106, 276, 314; de encomienda, 314; de homenaje, 314. *Véase también* compurgación; perjurio
jurisdicción eclesiástica y secular: en el periodo feudal temprano, 74-75, 95, 124-126, 212-213, 322-323; sistematización de la, realizada por canonistas y romanistas, 159-163198, 204-206, 218-219, 221 303-306, 624-625; después de la Revolución papal, 55-56, 217-227, 234-235, 236, 242, 246, 256-258, 269-284, 323-326, 427-429, 441-444, 448-452, 488-490, 497-498, 558
jurisprudencia. *Véanse* justicia, concepto de; derecho, teorías del
juristas: 18, 48, 60-61, 86, 87, 95, 96, 128, 174, 175, 267-268, 364, 452, 555-556. *Véanse también* abogados; apoderados; notarios
justicia por propia mano: 254-256, 450, 521, 556. *Véanse también novel disseisin*; expoliación
justicia, concepto de: 7, 31-32, 51-52, 68, 145-146, 157, 195-196, 206-208, 259-260, 308-309, 341, 352, 447-448, 450-451, 541-542, 557
Justiniano, emperador: 13, 19, 131-132, 180, 216-217, 355, 369, 425, 494, 521-522, 621, 623, 628, 634. *Véanse también* derecho romano; derecho romano de Justiniano
Jutlandia: 326

Kant, Emmanuel: 9
Kantorowicz, Ernst: 632
Kantorowicz, Hermann: 159-160, 610
Kelley, Donald R.: 648
Kelley, J. M.: 608
Kelly, Amy: 642
Kennedy, Duncan: 613-614
Kennedy, John F.: 592
Kepler, Johannes: 166
Kern, Fritz: 79, 88, 596, 598, 599, 632
Kiralfy, Albert K.: 591
Kluxel, Wofgang: 612
Kneale, Martha: 609
Kneale, William: 609
Knowles, David: 172-173, 601, 604, 607, 608, 613, 629, 630
Koebner, Richard: 638-639
Koschaker, Paul: 623-624
Koyre, Alexander: 166-167, 611
Kuhn, Thomas: 32, 593
Küng, Hans: 603
Kunkel, Wolfgang: 594, 608
Kuttner, Stephan: 201, 203, 213, 609, 619, 620, 622, 624, 625

Laband, Paul: 639
Ladislao, rey: 538, 547
Ladner, Gerhart: 294, 631, 632
Lanfranco: 173, 185, 187, 456, 458, 615
Laon: *Institutio Pacis*, 385
Latourette, Kenneth Scott: 618
Lawson, F. H.: 628
Le Bras, Gabriel: 109, 156, 610, 620, 621, 622, 625, 627, 628

Leeuwen, A. T. van: 592
legal, ciencia: 17-18, 49-50, 59-60, 61, 86-89, 95, 96, 130-176, 187, 216, 257, 259, 262-263, 297-301, 325-326, 426, 444, 447, 479, 492-493, 556, 612. *Véanse también* derecho, como un cuerpo o sistema; legal, educación; legal, razonamiento; ciencia
legal, educación: 18-19, 48-52, 61, 95, 130, 132-176, 180-181, 215. *Véase también* legal, ciencia
legal, positivismo. *Véase* derecho, teorías del
legal, razonamiento: 51-52, 141-176, 210, 266-267, 440, 447-448, 493-494, 498-499, 502-503. *Véanse también* dialéctica; derecho, lenguaje del; legal, ciencia
Leges Henrici Primi: 84-85, 548
Leges Visigothorum: 594
legislación: 45, 78-79, 92-93, 95, 124-125, 267, 325-326, 340-341, 363-365, 380, 396, 424-426, 438-439, 459-460, 462, 479-480, 489-490, 492-496, 501-502, 513, 521-522, 530, 531-532, 562-563
legítima defensa: 523, 525, 527
Lehane, Brendan: 596, 598
Leibniz, G. W.: 166
Lenin, V. I.: 33-34, 45
León III, papa: 77, 101, 618
León IX, papa: 104, 429, 546, 602, 604
Leonor de Aquitania: 459, 484
letras de cambio: 352, 358, 366, 367-368, 372. *Véanse también* banca; crédito; derecho mercantil; dinero
Lévi-Strauss, Claude: 67, 71, 595
Levy, Ernst: 594, 597
Levy, M. R.: 644
Lex Alemanorum: 594
Lex Aquilia: 159
Lex Baiuvariorum: 594
Lex Julia: 256
Lex Ribuaria: 212, 594
Lex Salica: 63, 594
Lex Visigothorum. *Véase Leges Visigothorum*
Ley de Jutlandia *(Jutae Logh)*: 539
Ley Marítima de Rodas: 356
"leyes de los bárbaros" *(leges barbarorum)*: 63, 594, 595, 647. *Véanse también* Alfredo, rey, leyes del; Etelberto, leyes de; Etelredo, leyes de; derecho consuetudinario germánico; *Lex Salica*; *Leges Visigothorum*; derecho romano
leyes de Moisés (ley mosaica): 42, 75-76, 93-94, 196-197, 199-200, 216-217, 593, 616-617. *Véanse también* Biblia, la; judaismo
leyes de Wisby: 356
Leyser, K. J.: 122, 604, 606
Liber Augustalis: 445-455, 524-525, 552. *Véanse también* Federico II; Sicilia
Liber Papiensis: 438, 441. *Véase también* Lombardía

libertades. *Véase* cédulas de libertades
Libri Feudorum. *Véase Costumbres de los feudos*
Libro de Huesca: 535-536
Libro de las Costumbres de Milán: 372
Libro de las costumbres y usos de los beauvasianos. *Véase* Beaumanoir, Felipe de; Beauvais
Lilburne, John: 41-42
Lingenthal, Zachariae von: 622
Little, David: 593
Liu, James T. C.: 601
Liu, Y.-C.: 601
Locke, John: 291, 593
Lodi: 406
Lombarda, Liga: 405-406, 500, 550. *Véanse también* Milán; Paz de Constanza
Lombardía: 62, 80, 103, 173, 297, 405-406, 426, 429, 500; derecho lombardo, 367, 438-439, 441, 448
Lombardo, Pedro. *Véase* Pedro Lombardo
Londres: 112, 349, 350, 359-360, 374, 382, 398-404, 416-417, 546, 548, 639, 640
Longrais, Joüon des: 643
Lopez, Robert S.: 368, 376-377, 635, 636, 637, 638
Lorena. *Véase* Lotaringia
Lorris: 386-387
Lossky, Vladimir: 616
Lotaringia: 389, 390, 505. *Véase también* Colonia
Lotario, duque de Sajonia: 508
Lotario II, emperador: 326, 548
Loyn, H. R.: 71, 594, 597-598
Lübeck: 382, 393-394, 549, 550
Lübecker Recht: 394
Luca: 406, 547
Luis (hijo de Felipe I): 486
Luis V: 484
Luis VI: 383-384, 385, 386, 484, 486-487, 547
Luis VII: 383-384, 459, 484-485, 486-487, 538, 547
Luis VIII: 487, 552
Luis IX: 487, 489-490, 492-493, 496, 552
Luis X: 347-348
Luis XIV: 493
Lull, Ramón: 613
Lund: 172-173
Lutero, Martín: 24, 26, 29, 31, 40-42, 209-210, 353, 615, 618-619. *Véase también* protestante, Reforma
Lüttich: 547

Lloyd, Dennis: 90, 597, 600

MacLeish, Archibald: 7, 649
Magdeburger Recht: 394. *Véase también Lübecker Recht*
Magdeburgo: 394-398, 548, 551; derecho de Magdeburgo, 394-398, 551, 552, 646
magia: 80, 95. *Véanse también* formalismo; juramentos; ordalías; pruebas
magiares: 62, 111, 316, 335, 349, 383, 405, 505, 537-538
Magno *el Legislador*, rey: 539
Maguncia: 172-173, 298, 393, 508, 516, 517, 533-534, 546, 552; Dieta de, 548
Maimónides, Moisés: 612
Maine: 455-456, 459, 485-486, 490
Maine, sir Henry Sumner: 90, 495, 599-601, 643
Maitland, F. W.: 7, 16, 28, 49, 59, 60, 68-69, 78, 124, 243, 244-245, 272, 273-274, 275-276, 480, 591, 592, 624, 625, 628, 629, 630, 633, 634, 642, 643, 644
Malynes, Gerard: 358, 636
Manegold de Lautenbach: 632
Manyon, L. A.: 593
Map, Walter: 459, 460, 607, 642
Maquiavelo, Nicolás: 40, 289
Markus, R. A.: 606
Marsilio de Padua: 289
Marx, Carlos: 38, 39, 55, 116, 421, 567, 578, 579, 648; marxismo, 29, 48-49, 53-54, 116, 119, 310-311, 421-422, 565-575, 578, 579-585
Matilda, duquesa: 136, 406
Matilde, emperatriz: 459
matrimonio: 46-47, 80, 86, 109, 126, 180, 186, 213, 237, 242-243, 258, 266, 278, 282, 321, 337, 338, 436, 441, 448-449, 454, 513, 557, 634, 642
matrimonio clerical (nicolaísmo): 98, 100, 101, 104, 240, 291, 456, 604
Mauss, Marcel: 67
McKeon, Richard: 632, 647
McNeill, John T.: 593, 598-599, 614
mediación: 85
médicos: 82, 441, 447
Melfi, Constituciones de: 429-430. *Véase también Liber Augustalis*
mercado abierto *(open market)*: 637
mercados. *Véase* ferias
Mercia, ley de: 76-77, 426
Merton, Robert K.: 612
metáfora: 7-8, 177, 233, 300-301
Michelet, Jules: 53
Milán: 102, 363, 372, 374, 382, 388, 404-406, 407-408, 411, 512, 546, 549, 550, 551. *Véase también* Lombarda, Liga
milenaristas, movimientos: 36-39
militar, servicio: 100, 113, 377-378, 435-436. *Véanse también* Paz de Dios; Tregua de Dios
ministeriales: 507, 510, 514-515, 530-531
Missi Dominici: 84
Mitchell, William: 359
Mitteis, Heinrich: 427, 437, 486, 506, 507-508, 509, 510, 519, 529-530, 601, 641, 643, 645, 647

Módena: 406
monarquía: 18, 25, 62-63, 72, 76-79, 85-86, 93, 98-99, 120-121, 294-309, 424-429, 431-432, 433, 511-516, 562-563. *Véanse también* emperador, autoridad y papel del; Inglaterra; Francia; Alemania; Sicilia
monasterios, monasticismo: 72-73, 74, 75, 79-80, 99, 101, 108-109, 118, 154, 181, 194, 222-223, 227, 228, 350, 354, 515. *Véanse también* cisterciense, orden; Cluny; penitenciales
Montauban: 387
Montauriol: 387
Montesquieu: 567
Montpellier, Universidad de: 494
Morris, Clarence: 601
mort d'ancestor: 470, 474, 550. *Véanse también darrein presentment*; patronato; remedios posesorios
Mortimer, Robert C.: 83
mujeres: 75-76, 100, 180, 241-242, 265, 338, 339, 409-410, 446, 448-449, 528
Munich: 393, 394, 531, 349
Munz, Peter: 516, 645
Murray, K. M. E.: 639
musulmanes: derecho de los, 367-368, 439-440; prácticas comerciales de los, 369. *Véanse también* árabes; Islam

nacionalismo: 8, 27-28, 42-43, 113-114. *Véanse también* monarquía; derecho real
Nápoles: 173, 374, 382, 429, 433, 449-450; Universidad de, 445, 551. *Véase también* Sicilia
Needham, Joseph: 611
negligencia: 35, 46, 200, 446. *Véanse también* derecho criminal; delito civil; culpa
Newton, sir Isaac: 166
Nibelungenlied: 595
Nicea, Credo de. *Véase* cisma de las Iglesias de Oriente y Occidente
nicolaísmo. *Véase* matrimonio clerical
Nicolás I, papa: 103
Nicolás II, papa: 104, 219-220, 430, 456, 625
Nietzsche, Federico: 11, 38
Nisbet, Robert: 16, 591
nominalismo: 150-153, 188, 609, 626, 627. *Véanse también* Abelardo, Pedro; realismo; universales
Noonan, John, Jr.: 628
Normandía (derecho normando): 101, 108, 297, 318-319, 326-327, 374, 455-459, 484-485, 505, 530-531, 546-552; ciudades de, 382, 387-388; derecho real (ducal) de: 425, 428-429, 434-435, 460-465, 481-483, 485-488, 490-491, 503, 546, 549
normandos *(norsemen)*: 62, 111, 316, 349, 455-456, 482-483, 505; en Inglaterra, 125, 269, 298, 336, 455-466, 471, 481, 482-483; en Normandía, 62, 481-483. *Véanse también* Normandía; Sicilia
norteamericana, Revolución: 15, 19, 29, 30-31, 32-33, 34, 35, 36-37, 42, 60, 119, 554, 592, 593. *Véanse también* revoluciones
Noruega: 539
Norwich: 399, 401
notarios: 363, 372, 410-411, 524, 530-531. *Véase también* juristas
novel disseisin: 469-470, 474-475, 477-478, 483, 498, 501, 549, 552. *Véanse también seisin*; expoliación
Nullum crimen sine lege: 199
Nuremberg: 382

obispos, obispados: 77-78, 79, 80, 82-83, 97-98, 102-104, 106, 108-109, 112, 116, 117, 118-119, 125, 126-128, 218-219, 220, 221-223, 224-225, 226-227, 228, 371, 374-375, 430-431, 472, 516. *Véanse también* Iglesia; Querella de las Investiduras; papado
Odilón, abad de Cluny. *Véanse* cluniacense, Reforma; Cluny; Tregua de Dios
Odoacro: 405
Odofredo: 608
oferta de reconciliación: 84
Oléron, Leyes de: 356, 548
On the Laws and Customs of the Kingdom of England. *Véase* Glanvill
ordalías: 61, 67-68, 70-71, 74-75, 76, 269-270, 274, 323, 324, 444, 471-473, 520, 532, 551, 563; prohibición de las, 264-265, 454, 473, 643
orden de príncipes imperiales *(Reichsfürstenstand)*: 514-515, 529-530, 550
Orléans: 326
Orleáns, Universidad de: 494
Ostmark: 505
Otón II, emperador: 623
Otón III, emperador: 389
Otón IV, emperador: 484
Otón de Fresinga: 122, 515
Oxford: 399; Universidad de, 137, 173, 549

Pablo, San: 179, 211, 229, 354
Packard, Sidney R.: 604, 629
pacta sunt servanda: 260, 499
Países Bajos: 111, 314, 383. *Véase también* Flandes
Palencia, Universidad de: 647
Palermo: 172-173, 374, 382, 430, 433, 434
Palestina: 430
pandectistas: 578
papa, legatarios del: 221-224, 624-625
papado: 12, 25-26, 61, 77, 79, 86-87, 100-109, 114-115, 116, 215, 219-220, 299, 307, 341, 413, 425, 431-432, 442, 512, 624-625; poderes legales del, 218-227, 275-276, 527-528, 545, 553, 546-547, 624-625. *Véanse también*

derecho canónico; Iglesia; Estado-Iglesia; papal, Revolución; *véase además cada papa en particular*
papal, Revolución: 12, 29, 30, 32, 33-34, 38-39, 60, 95-129, 175, 190, 193, 238-239, 287, 294, 297-298, 306, 351-352, 507-508, 510, 513-514, 515-516, 529, 534, 545, 553, 554-565, 601-604, 605; y el comercio, 351-352, 355, 360-361; y el campesinado, 336, 347; y la autoridad real, 425, 427-428, 562; y las comunas urbanas, 383-384, 419-420; en Inglaterra, 269-284; y su relación con el reino normando de Sicilia, 429-434; y el lema "libertad de la Iglesia", 39, 97, 276-277, 347
papal, tribunal: 220-221, 222-223, 562, 624-625
papas. *Véase cada papa en particular*
parentesco, lazos de: 62, 75, 76-77, 78, 83, 87-88, 93, 424. *Véanse también blood feud*; derecho consuetudinario germano
París: 350, 382, 386, 483, 491-492, 539; Universidad de, 137, 608
París, Comuna de, de 1870: 35
París, Parlamento de: 489, 490, 491, 492-493, 496, 500, 552
parlamentos: 427, 552
parlamentos ingleses: 283, 510
Parma: 406, 408-409
Pascual II, papa: 116, 645
patronato: 250-251, 270, 279, 281, 477. *Véanse también* beneficios; *darrein presentment*
Pavía: 405, 607
paz, estatutos de *(Landfrieden)*: 100, 510, 512, 513, 516-527, 528, 531-532, 533, 535, 536-537, 546, 547, 548, 549, 550, 552, 562, 645, 646-647
Paz, Octavio: 586, 648
Paz de Constanza: 404, 550
Paz de Dios: 99-100, 316, 516-517, 528, 535, 536, 547. *Véase también* Tregua de Dios
paz del hogar: 66, 70-71, 77
pecado: 181-185, 188, 189, 191, 194-196, 197-208, 235, 237, 238, 246, 257, 262, 281, 329, 354, 523, 557. *Véanse también* absolución; expiación; penitencia; penitenciales
Pedro *el Venerable*: 613
Pedro Lombardo: 187, 303-304, 549, 604, 616, 619
Pelikan, Jaroslav: 614, 616
penitenciales: 75, 79-87, 126, 154, 181, 194, 595. *Véanse también* penitencias; pecado
penitenciario: 221, 222-223
penitencias: 70-71, 75-76, 79-87, 177-178, 182-183, 184-185, 192, 193-194, 196, 197, 221, 260, 556, 615, 616. *Véanse también* penitenciales; castigo; pecado
Penn, William: 42
Pepo: 607
Perez, Juan Beneyto: 647
Perillo, Joseph M.: 629
perjurio: 76, 80, 154, 263, 275, 278, 440-441, 499. *Véase también* juramentos
Perrin, John: 305, 632
Perusa: 407
Petits-Dutailles, Charles: 638, 643
Piacenza: 406, 407
Picardía: 134, 383, 386, 483
picardos: 483
Pío X, papa: 622-623
Pirenne, Henri: 113, 349, 352, 354-355, 375, 376, 393, 635, 636, 638, 647
Pisa: 13, 137, 290, 325, 372, 406, 407, 408, 547, 549, 605. *Véase también Constituta Legis et Usus*
Pistoya: 408-409
Platonismo: 132, 137, 143-146, 151-152, 160, 162, 163, 166-167, 171, 188, 293, 616-617
plebeyos: 46-47, 240, 242-243, 497-498
Plöchl, Willibald M.: 626, 627, 628
Plucknett, Theodore F. T.: 630, 642, 649
población: 112-113, 351, 382, 605-606
podestà: 407-408, 449-450, 550
Poitou: 459, 485
Policarpo de Esmirna: 126
Policraticus. *Véase* Juan de Salisbury
Polonia: 102, 111, 297, 314
Pollock, sir Frederick. *Véase* Maitland, F. W.
populus christianus: 61, 94, 101, 554-555, 583, 596
Por qué Dios se hizo hombre: 189-193, 617, 618, 619. *Véase también* Anselmo, San
Porree, Gilberto de la: 630
Portugal: 282, 534
posesión: 160-161, 253-257, 277-278, 328-330, 365-366, 467-467, 473-474, 475-477-478, 497-498, 556. *Véanse también* remedios posesorios; *seisin*; expoliación; propiedad
Post, Gaines: 627, 631
Pound, Roscoe: 43, 49, 594
Pounds, Norman J. G.: 635, 638
Powell, James: 447-448, 642
precedente. *Véase* derecho judicial
prebostes *(prévêts)*: 388, 487, 488, 491. *Véanse también* bailes; Francia; derecho real
prerrogativas, decretos de: 501
Prescott, Orville: 604, 641, 642
prescripción: 121, 257
prêvot. *Véase* prebostes
Pringsheim, Fritz: 610
procedimientos: 89-90, 127-128, 263-266, 273-274, 363-364, 443-446, 491-493. *Véase también* derecho civil y sus procedimientos; tribunales; criminal, procedimiento de lo; pruebas
prohibición, decretos de: 279-282. *Véase también* jurisdicción
propiedad: 212, 237, 241, 242, 248, 249-257, 270, 277-278, 327-328, 329, 342-344, 365-366, 418-419, 435, 446-447, 451, 454, 462, 467, 468-469, 470, 474, 475, 477-478, 480, 500, 526-527, 531-532, 557, 572-573, 582-583, 585, 640; derecho de propiedad, 40-41, 46, 54-55, 86, 95, 128, 235, 249-257, 266, 275, 539, 571. *Véanse también* posesión; *seisin*
propiedad con un propósito *(Zweckvermögen)*: 251
proscripción: 70-71, 82, 509, 523-524
protestante, Reforma: 24, 25-26, 29, 31-32, 34-35, 40-42, 53, 96-97, 118-120, 193, 281-282, 310, 352, 567, 581, 592, 593, 603, 618-619, 635-636. *Véanse también* alemana, Revolución; Lutero, Martín; inglesa, Reforma; revoluciones
Provenza: 549
provenzales: 483
prueba de combate: 473, 497, 501, 520, 523, 538, 552
pruebas: 165-166, 241-242, 263-266, 443-445, 496-497, 532, 537, 562-563. *Véanse también* derecho civil y sus procedimientos; criminal, procedimiento de lo; formalismo; magia; procedimientos: tortura; testigos
pública, administración: 464, 466, 467
purgatorio: 178-185, 196, 209, 556. *Véase también* eucaristía
puritana, Revolución. *Véase* inglesa, Revolución

Querella de las Investiduras: 11-12, 13, 97, 101, 102, 107, 108, 117, 118, 124, 271, 311, 383, 385, 427, 545-548, 601-602, 603, 604, 607. *Véanse también* obispos, obispados; Concordato de Bec; Concordato de Worms; gregoriana, Reforma; Enrique IV; papal, Revolución
Quod omnes tangit...: 221, 627

racionalismo: 42-43, 150-151, 187-189, 192, 210, 573-579, 591-592
Ranke, Leopold von: 27, 615
Rashi: 612
razón: como base del derecho, 151-152, 209, 260, 266-267, 301-302, 426, 599. *Véanse también* conciencia; equidad
realismo: 151-152, 609, 626, 627. *Véanse también* nominalismo; universales
Recesvinto, rey: 535, 647
Rechtsstaat. *Véase* derecho, soberanía del
"reforma del mundo, La": 30, 129, 515-516, 545, 555, 558. *Véase también* inglesa, Revolución; gregoriana, Reforma
regalía. *Véase* derecho real
Reichsfürstenstand. *Véase* orden imperial de príncipes
religión en Oriente: 89-90. *Véase también* cristianismo
religiosos, delitos: 80, 197-198, 275-276, 450, 538. *Véase también* sexuales, delitos
remedios posesorios: 251-253, 473-479, 481-482, 562-563. *Véanse también darrein presentment*; *mort d'ancestor*; *novel disseisin*; patronato; posesión; *seisin*; expoliación
Renacimiento: 12, 13, 24, 53, 289, 565-567, 603, 611
rendición noxal: 71, 595
Repgau, Eike von: 326, 526, 552, 564. *Véase también Sachsenspiegel*
representación: 160, 263-264
restitución: 253-254, 476. *Véanse también canon redintegranda*; expoliación
retórica: 159-160, 165-166. *Véanse también* derecho, lenguaje del
retribución: 195-196, 584-585. *Véanse también* expiación; derecho criminal; culpa
revertir: 329, 471, 530; enfeudamiento obligatorio *(Leihezwang)*, 507, 519-520
revoluciones: 8-9, 11, 15, 20, 23, 25-26, 29-36, 39-40, 47-48, 49, 50-51, 53-54, 109-110, 116-117, 118-119, 122-123, 128-129, 545, 554, 567, 581, 592-593. *Véanse también* apocalíptica, visión; inglesa, Revolución; francesa, Revolución; norteamericana, Revolución; alemana, Revolución; gregoriana, Reforma; Querella de las Investiduras; milenaristas, movimientos; papal, Revolución; protestante, Reforma; "reforma del mundo, La"; rusa, Revolución
Rheinstein, Max: 591, 648
Ricardo I, *Corazón de León*, rey: 466, 479, 484, 485, 563
Richardson, Henry G.: 596, 629
Richter: 519, 565
Roberto II, conde de Flandes: 536-537
robo: 80, 83, 160-161, 257, 343, 344, 443, 451, 471-472, 499, 533, 601. *Véanse también* felonía; penitencias
Rodes, Robert E., Jr.: 623
Rogerio I (el Gran Conde): 430-432, 437-438, 456, 457, 547. *Véase también* Sicilia
Rogerio II, rey: 290, 426, 433, 435-452, 457-464, 480, 485-486, 486, 487, 511, 520, 522, 525-526, 548, 563, 641-642. *Véase también* Sicilia
Rollón, duque de Normandía: 455, 482
Roma, ciudad de: 99, 100-101, 103-104, 107, 112, 173, 218-220, 291, 374, 404, 431-432. *Véanse también* papado; romano, Imperio
romano, Imperio: 11-12, 14, 18, 24-25, 53, 63, 98, 99, 112, 131-132, 212, 332, 349, 355-356, 374, 380, 404-405, 565-566. *Véanse también* romano de Oriente, Imperio; imperio; Justiniano; derecho romano de Justiniano
Romano, Sacro Imperio: 506, 623; de la Nación Germánica, 217, 506, 623. *Véanse*

también imperio, franco, Imperio; alemán, Imperio
Romano de Oriente, Imperio (Bizancio): 98, 180, 216, 597; emperadores del, 102, 180, 437-438, 614; influencia del, en el sur de Italia y Sicilia, 374, 429, 433, 434-435, 438, 439. *Véanse también* cristianismo de Oriente; Constantinopla; romano, Imperio
Roncaglia, Dieta de: 512-514, 520, 521, 549, 624; estatuto de paz, 520-521; otra legislación, 521
Rosenstock-Huessy, Eugen: 30, 37-38, 182, 592, 593, 601-602, 604, 605, 606, 607, 614, 615, 640
Rostow, W. W.: 571-572, 648
Rousseau, J.-J.: 42
Rufino: 632
rusa, Revolución: 15, 25, 29, 31, 32, 33-34, 35, 36, 40, 43-44, 45, 47, 48, 60, 119, 123, 281, 593, 603
Rusia: 43-44, 47-51, 75, 312, 568, 570-571
Russell, Frederick H.: 610
Russkaia Pravda: 75

sacramentos: 80, 81-82, 219, 235, 239, 276, 290-291, 557, 615-616, 631-632. *Véanse también* bautismo; eucaristía; matrimonio; penitencias
Sachsenspiegel: 307, 326, 526-528, 541, 552, 553, 646
Sain-Omer: 388-389, 393, 548
Saint-Simon, Henri de: 567
Sajonia: 97, 297, 393, 396, 505, 508, 509, 517, 526-527, 530
Saladino: 605
Salamanca, Universidad de: 647
Salerno: 374, 450; Universidad de, 433, 447, 613
sálica, ley. *Véase Lex Salica*
San Juan de Acre: 605
sarracenos. *Véase* árabes
Savigny, Friedrich Karl von: 215, 575, 607, 608
Sayles, George O.: 596, 629
Scully, S. A.: 597
Schoeffen. *Véase* consejeros
Schulz, Fritz: 594, 608, 609-610
Schwabenspiegel: 528, 552, 646-647
secular, mundo: 119-120, 556-557; según San Agustín, 38, 119-120; según los reformadores gregorianos, 30, 120-123, 515-516
seguros: 113, 372, 561
seisín: 319-320, 328-329, 467, 470-471, 474-479, 483, 498, 503, 531-533, 563, 642. *Véase también* posesión
señor-campesino, relaciones: 20, 310, 332-335, 345-348, 499-500, 560-561, 583. *Véanse también* derecho señorial; campesinado
señor-vasallo, relaciones: 20, 62-72, 112-113, 125, 276-277, 287-288, 310, 314-315, 318-326, 329-331, 332-333, 344-348, 442-443, 461, 463, 521, 526-527, 559-560, 569, 578, 583, 642; *diffidatio*, 322, 340, 560, 564-565. *Véanse también* derecho feudal; juramentos
señoríos: 113, 117, 119, 354-355; éxodo de los, 376-377. *Véanse también* agricultura; señor-vasallo, relaciones; tribunales señoriales; derecho señorial; campesinado
separación de poderes: 308-309
servidumbre: 20, 53, 125, 240, 332-340, 344-348, 376, 560-561, 568-569. *Véanse también* campesinado; esclavitud
Sesión de Armas: 482, 638
Sesión de Clarendon: 472, 473, 483, 503
Sesión de *novel disseisin*. *Véase novel disseisin*
Sesiones de Ariano: 439-442, 444, 446, 522, 524-525, 548, 562, 563, 641. *Véase también* Sicilia
Seudo Isidoro (falsos decretales): 103, 621
sexuales, delitos: 80, 197, 601; adulterio, 77, 80, 238, 240, 275, 282, 441, 449, 601; bigamia, 80; fornicación, 154, 275, 281; homosexualidad, 275; incesto, 80, 154, 595; proxenetismo, 441; prostitución, 441; violación, 47, 80, 441, 443, 472, 499, 601. *Véase también* religiosos, delitos
Sic et Non. *Véase* Abelardo, Pedro
Sicilia, reino normando de: 12, 107, 119, 125, 172, 290, 298, 314-315, 429-455, 456, 459, 481, 520, 525, 530, 541, 547, 562; derecho real de, 28, 326, 424-426, 429-455, 457, 464, 477-478, 489; relaciones con el papado, 119, 429-432, 436-437, 442, 456-457. *Véanse también* Sesiones de Ariano; Federico II; *Liber Augustalis*; Rogerio I; Rogerio II
Sicilia: 326
Siena: 407
Siete Partidas: 536
simonía: 100-103, 118, 440-441, 456, 604
Sínodo de Elna: 535
Size, George: 625, 649
Skinner, Quentin: 631
Smalley, Beryl: 604, 606, 612, 629
soberanía: 124, 217-218, 237, 303-307, 429, 496, 557
Sobre la penitencia verdadera y la falsa (De Vera et Falsa Poenitentia): 184, 191, 196, 615, 618, 619
social, contrato: 41-42, 593, 632
socialismo: 35-36, 43-51, 53-54, 56, 565, 584. *Véase también* rusa, Revolución
sociedad: 133, 160, 352, 366, 369-371, 559. *Véase también* asociaciones de negocios
sociedad por acciones. *Véase* asociaciones de negocios
Sófocles, *Antígona*: 92
Sohm, Rudolf: 40, 78, 213, 593, 597, 622
Söhngen, Gottlieb: 618

Sombart, Werner: 635
Sorbelli, Albano: 608
Southern, R. W.: 112, 602, 604, 605-606, 607, 613, 615
St. Albans: 172-173
Stein, Peter: 147, 148, 608, 609, 622
Stenton, Doris M.: 85, 599, 642
Stephenson, Carl: 386, 387-388, 393, 398-399
Strayer, Joseph R.: 33, 424, 466, 593, 603, 632, 641, 642
Suabia: 290, 297, 429, 505, 517, 521, 527, 536. *Véase también* Alemania, derecho territorial
sucesión. *Véase* herencia
Suger, abad: 486-487
Summa Theologica. *Véase* Tomás de Aquino, Santo
suposición de inocencia: 629
suposiciones: 166, 497

Tabla Amalfitana: 356, 547
Tácito: 59
Talmud, el: 172, 612-613
talleres: 223, 225, 625. *Véase también* cofradías
Tancredo de Hauteville: 429, 430
Tawney, R. H.: 353, 635-636
Tellenbach, Gerd: 601, 604, 607
Teodorico: 405
Teodosio, emperador: 102
teología: 81-83, 111, 113, 126-127, 142, 177-210, 214, 258-259, 545, 556-557, 580, 581, 613, 616-617
teoría social del derecho. *Véase* derecho, teorías del
Tertuliano: 123, 126, 272
tesorería: 425, 434-435, 463-464, 465, 482, 510, 530, 548, 562; papal, 221, 224, 553, 557. *Véanse también Dialogue of the Exchequer, The*; tesoro
testamentos. *Véase* herencia
testigos: 77-78, 154, 264-265, 364, 444, 453, 470-471; prueba por testigos, 497. *Véase también* prueba
Thorne, Samuel E.: 607, 633, 637
Tierney, Brian: 226, 227, 232, 604, 605, 606, 624-625, 626, 627, 632
Tigar, M. E.: 644
tiranía: 428, 431-432, 437. *Véase también* tiranicidio
tiranicidio, derecho y deber de perpetrar un: 295-296, 427, 559-560. *Véase también* soberanía del derecho
Tocqueville, Alexis de: 236, 567
Toledo: 172-173
Tomás de Aquino, Santo: 173, 187, 259, 292, 293, 301, 489-490, 612, 615, 616, 619, 631, 641
tort. *Véase* delito civil
tortura: 198, 265-266, 451. *Véase también* pruebas
Toynbee, Arnold: 592
traición: 77, 198, 200, 440, 441, 449, 450, 462, 499, 500, 513, 523
Tralles, Alejandro de: 599
transgresión *(trespass)*: 16, 329-330, 499-500, 591. *Véase también* formas de acción
transporte de bienes por mar: 357, 364. *Véanse también* conocimiento de embarque; derecho marítimo; derecho mercantil
Tratado con los Príncipes Eclesiásticos: 530, 551, 646
tratados: 360-361
"trato nacional", cláusula del: 360
Treatise on the Laws and Customs of The King dom of England. *Véase* Bracton
Tregua de Dios: 100, 546. *Véase también* Paz de Dios
Très ancien coutumier de Normandie: 326, 483, 551
Treviso: 406
tribunales: 15, 20, 60, 86-87, 95, 99, 126, 128-129, 283-284, 340-341, 457-458, 530, 553; jueces itinerantes, 464-465, 471-474, 482, 486, 487-488, 497, 565. *Véanse también* tribunales eclesiásticos; tribunales de ferias; tribunales feudales; tribunales germánicos; jueces; judicial, poder; tribunales señoriales; derecho real; tribunales urbanos
tribunales eclesiásticos: 20, 61, 128-129, 201-202, 237-238, 241, 246-247, 249-250, 257-268, 273-274, 361-362, 364, 442, 457-458, 473-474, 475, 478, 480. *Véase también* derecho canónico
tribunales de ferias: 362-363, 364-365. *Véase también* ferias; mercantiles, tribunales
tribunales feudales: 322-331, 362-363, 442-443, 461, 473, 496, 497-498. *Véase también* tribunales señoriales
tribunales germánicos: 70-71, 72, 398. *Véanse también* derecho consuetudinario germánico
tribunales marítimos: 364, 372. *Véase también* derecho marítimo; derecho mercantil
tribunales mercantiles: 20, 362-365, 411, 495-496. *Véanse también* tribunales de ferias; tribunales marítimos; derecho mercantil; tribunales urbanos
tribunales de "pies polvorientos". *Véase* tribunales de ferias
tribunales señoriales: 20, 334, 343-344, 461, 560-561, 570-571. *Véase también* derecho señorial
tribunales urbanos: 362-363, 372, 390-391, 394, 396, 473; tribunales de mercancías, 363, 410-411. *Véanse también* gobierno urbano; derecho urbano
Troeltsch, Ernst: 635
trusts ("usos"): 247-248, 251-252, 500-501, 557. *Véase también* fundaciones
Tucker, Robert C.: 567, 648

Tudor, monarquía de los: 26, 123

Udall, Walter: 41-42
Ulpiano: 138, 255-256, 257
Ullman, Walter: 601, 626, 633, 645
Unger, Roberto M.: 51-52, 594, 613-614, 633
universales: 150-152. *Véase también* nominalismo; realismo
universidades: 14, 15, 18-19, 33, 110-111, 113, 170-174, 175, 282-283, 356, 370-371, 432-433, 447-448, 591-592, 608, 647
Universitas. *Véase* derecho corporativo
Urbano II, papa: 115, 183, 431, 605
Urbano IV, papa: 433
Usages de Barcelona. *Véase* Barcelona
Usages. *Véase* costumbre y derecho consuetudinario
usos. *Véase trusts*
usura: 261-263, 275, 352, 354, 361-362, 557-558. *Véase también* interés
utopía: 297

Vacario: 137, 173, 549
Valdemar II, rey: 539
vándalos: 62, 132
Venecia: 112, 349, 356, 374, 382, 399, 416
Venecia: 406
Ventadour, Bernardo de: 113
Vermandois: 326
Vermeesch, Albert: 638
Vernadsky, George: 312, 597
Verneuil: 387-388
Verona: 406
Vicenza: 406
Viehweg, Theodor: 609
Vinogradoff, Paul: 608
visigodos: 62; derecho visigodo, 63, 535, 594, 647
vizcondes *(vicomtes)*: 481. *Véase también* alguaciles

Walter, Huberto: 273-274, 479, 551
Walzer, Michael: 593
Wallace-Hadrill, J. M.: 86, 596-597, 599
Warren, W. L.: 274, 629, 642
Watkins, Calvert: 595
Weber, Max: 21-22, 55, 149-150, 353, 418-422, 565, 567, 573-584, 591-592, 631, 635-636, 640, 648
wed: 66, 90
wer: 90
wergeld: 64, 90
Werham, Peter: 639
Westfalia: 390, 393
Wettin, familia: 508
White, Lynn: 606
White, Stephen: 85, 599
Wiclef, John: 34-35
Wichmann, arzobispo de Magdeburgo: 394-395
Wieacker, Franz: 640
wik: 389
Williams, George H.: 615-616, 618, 630
Winchester: 639
Winstanley, Gerrand: 593
Wittelsbach, familia: 508, 509, 531
Wittgenstein, Ludwig: 608
Wolf, William J.: 618-619
Woodward, B. B.: 639
Worms: 392-393, 546
Wroclaw: 395-398, 552, 639, 646
Wurm, Nicolás: 646
Wurzburgo: 550
wyrd: 65, 90

York: 125, 173, 382, 399, 400-401; arzobispo de, 125
Ypres: 382
Yu-Lan. Fung: 601

Zacarías I, papa: 631-632
Zähringen: 393
Zuckermann, Harriet: 611
Zurich: 382

ÍNDICE GENERAL

Prólogo. 7
Introducción 11
El derecho y la historia 21
Derecho y revolución 29
El carácter occidental de las revoluciones nacionales, 34; La búsqueda del milenio, 36; El derecho revolucionario, 39
La crisis de la tradición jurídica occidental 44
Hacia una teoría social del derecho 53

Primera Parte

LA REVOLUCIÓN PAPAL Y EL DERECHO CANÓNICO

I. *Antecedentes de la tradición jurídica de Occidente: el derecho consuetudinario de los pueblos germánicos* (Folklaw) 59
El derecho tribal 62
Elementos dinámicos del derecho germánico: cristianismo y realeza. 72
El derecho penitencial y su relación con el consuetudinario . 79
II. *El origen de la tradición jurídica occidental en la Revolución papal* 95
La Iglesia y el Imperio: La Reforma cluniacense 97
Los dictados del papa 104
El carácter revolucionario de la Revolución papal 109
La totalidad de la Revolución papal, 110; Rapidez y violencia de la Revolución papal, 114; La duración de la Revolución papal, 116
Causas y consecuencias sociopsicológicas de la Revolución papal 117
El surgimiento del Estado moderno 124
El nacimiento de los sistemas jurídicos modernos 126
III. *El origen de la ciencia jurídica occidental en las universidades europeas* 130
La escuela de derecho de Bolonia 133
El programa escolar y el método de enseñanza. 137
El método escolástico de análisis y síntesis 141
La relación del escolasticismo con la filosofía griega y el derecho romano. 143

La aplicación de la dialéctica escolástica a la ciencia del derecho 154
El derecho como prototipo de la ciencia occidental 162
Características metodológicas de la ciencia jurídica, 163; Premisas de valor de la ciencia jurídica, 167; Normas sociológicas de la ciencia jurídica, 170

IV. *Fuentes teológicas de la tradición jurídica occidental* 177
El Juicio Final y el purgatorio 178
El sacramento de la penitencia 184
El sacramento de la eucaristía 185
La nueva teología: La doctrina de la expiación de San Anselmo 186
Consecuencias jurídicas de la doctrina de la expiación 191
Fuentes teológicas del derecho penal de Occidente 193
El derecho canónico de los delitos 197
V. *Derecho canónico: primer sistema jurídico occidental moderno* . 211
La relación del derecho canónico con el derecho romano . . 216
Fundamentos constitucionales del sistema de derecho canónico 217
El derecho corporativo y el derecho constitucional de la Iglesia 227
Limitaciones a la jurisdicción eclesiástica 234
VI. *Elementos estructurales del sistema de derecho canónico* . . . 237
El derecho canónico del matrimonio 238
El derecho canónico de la herencia 242
El derecho canónico de la propiedad 249
El derecho canónico de los contratos 257
Procedimientos 263
El carácter sistemático del derecho canónico 266
VII. *Becket contra Enrique II: la competencia de jurisdicciones* . . 269
Las Constituciones de Clarendon 270
Beneficio de clerecía y peligro de juicio doble 273
La jurisdicción eclesiástica en Inglaterra 274
Los decretos de prohibición 279

Segunda Parte

FORMACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS SECULARES

VIII. *El concepto de derecho secular* 287
El surgimiento de nuevas teorías de gobierno y de derecho seculares 289
Juan de Salisbury, fundador de la ciencia política occidental . 290

Teorías de los juristas romanos y canónicos 303
La soberanía del derecho 306
IX. *El derecho feudal* 310
La costumbre feudal en Occidente antes del siglo XI 312
El surgimiento de un sistema de derecho feudal 318
Objetividad y universalidad, 318; Reciprocidad de derechos de los señores y sus vasallos, 319; Justicia participatoria, 322; La integración, 325; El desarrollo, 330
X. *El derecho señorial* 332
La objetividad y la universalidad 337
La reciprocidad de derechos de señores y campesinos 338
La adjudicación participatoria 340
Integración y desarrollo 344
XI. *El derecho mercantil* 349
La religión y el surgimiento del capitalismo 352
El nuevo sistema de derecho mercantil 355
La objetividad, 357; La universalidad, 358; La reciprocidad de derechos, 360; La adjudicación participatoria: los tribunales mercantiles, 362; La integración del derecho mercantil, 365; El desarrollo del derecho mercantil, 371
XII. *El derecho urbano* 374
Causas del surgimiento de la ciudad moderna 376
Factores económicos, 376; Factores sociales, 376; Factores políticos, 377; Factores religiosos y jurídicos, 379
Orígenes de las ciudades y los poblados de Europa occidental 382
Picardía (Francia): Cambrai, Beauvais y Laon, 383; Francia: Lorris y Montauban, 386; Normandía: Verneuil, 387; Flandes: Saint-Omer, Brujas y Gante, 388; Alemania: Colonia, Friburgo, Lübeck y Magdeburgo, 389; Inglaterra: Londres e Ipswich, 398; Las ciudades italianas, 404
Los gremios y el derecho gremial 409
Características principales del derecho urbano 411
El carácter comunitario, 411; El carácter secular, 413; El carácter constitucional, 414; La capacidad de desarrollo, 417; La integridad como sistema, 417
La ciudad como comunidad histórica 418
XIII. *Derecho real: Sicilia, Inglaterra, Normandía y Francia* 424
El reino normando de Sicilia 429
El Estado normando, 434; La personalidad de Rogerio II, 437; El sistema jurídico normando, 439; El desarrollo del derecho real en la Italia normanda, 444
Inglaterra 455
La personalidad de Enrique II, 459; El Estado inglés, 460; El derecho real inglés *(common law)*, 467; La ciencia del derecho común inglés, 479
Normandía 481
Francia 483
La personalidad de Felipe Augusto, 485; El Estado francés, 486; El sistema francés de justicia real, 490; El derecho civil real y el derecho penal franceses, 495; Comparación entre el derecho real francés y el inglés, 500

XIV. *Derecho real: Alemania, España, Flandes, Hungría y Dinamarca* 505
Alemania 505
El derecho imperial, 505; Personalidad y visión de Federico *Barbarroja,* 511; El derecho de los principados, 529
España, Flandes, Hungría y Dinamarca 534
España, 534; Flandes, 536; Hungría, 537; Dinamarca, 539
El derecho real y el derecho canónico 539

Conclusión 545
Más allá de Marx, más allá de Weber 565
Nota bibliográfica a la quinta edición en inglés 589
Abreviaturas 590

NOTAS

Introducción 591
I. Antecedentes de la tradición jurídica occidental: el derecho consuetudinario de los pueblos germánicos *(folklaw)* 594
II. El origen de la tradición jurídica occidental en la Revolución papal . . 601
III. El origen de la ciencia jurídica occidental en la universidades europeas 607
IV. Fuentes teológicas de la tradición jurídica occidental. 614
V. Derecho canónico: primer sistema jurídico occidental moderno . . . 620
VI. Elementos estructurales del sistema de derecho canónico. 627
VII. Becket contra Enrique II: la competencia de jurisdicciones 629
VIII. El concepto de derecho secular. 630
IX. El derecho feudal 633
X. El derecho señorial 634
XI. El derecho mercantil 635
XII. El derecho urbano 638
XIII. Derecho real: Sicilia, Inglaterra, Normandía y Francia 641
XIV. Derecho real: Alemania, España, Flandes, Hungría y Dinamarca . . 645
Conclusión 648

Agradecimientos 649
Índice analítico 651

Este libro se terminó de imprimir en noviembre de 1996 en los talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S. A. de C. V. (IEPSA), Calz. de San Lorenzo, 244; 09830 México, D. F. En su composición, parada en el Taller de Composición del FCE, se utilizaron tipos Aster de 10:12, 9:11 y 8:9 puntos. La edición, de 2 000 ejemplares, estuvo al cuidado de *Mario Ignacio Aranda Marqués.*

OTROS TÍTULOS DE LA

SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO

Almino, João. *La edad del presente. Tiempo, autonomía y representación en la política.*
Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia.*
Bobbio, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Año académico 1975-1976.*
Borja, Rodrigo. *Derecho político y constitucional.*
Brailsford, Henry Noel. *Shelley, Godwin y su círculo.*
Brodie, Bernard. *Guerra y política.*
Camp, Roderic Ai. *Los empresarios y la política en México: una visión contemporánea.*
Camp, Roderic Ai. *Los intelectuales y el Estado en el México del siglo XX.*
Camp, Roderic Ai. *Memorias de un político mexicano.*
Carlyle, Alexander James. *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y en los tiempos modernos.*
Castañeda, Jorge, Jorge Witker V. y Javier López Moreno (comps.). *Derecho económico internacional. Análisis jurídico de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.*
Collier, David. *El nuevo autoritarismo en América Latina.*
Collini, Stefan, Donald Winch y John Burrow. *La política, ciencia noble. Un estudio de la historia intelectual en el siglo XIX.*
Comisión sobre el Futuro de las Relaciones México-Estados Unidos. *El desafío de la interdependencia: México y Estados Unidos.*
Davis, J. C. *Utopía y la sociedad ideal. Estudio de la literatura utópica inglesa, 1516-1700.*
Deutsch, Karl Wolfgang. *Las naciones en crisis.*
Díaz Müller, Luis. *América Latina: Relaciones internacionales y derechos humanos.*
Dror, Yehezkel. *Enfrentando el futuro.*
Duch, Juan Pablo y Carlos Tello (comps.). *La polémica en la URSS. La perestroika seis años después.*
Ferry, Luc. *Filosofía política, I. El derecho: la nueva querella de los antiguos y los modernos.*
Ferry, Luc. *Filosofía política, II. El sistema de las filosofías de la historia.*
Ferry, Luc, y Alain Renaut. *Filosofía política, III. De los derechos del hombre a la idea republicana.*
Finer, S. E. (comp.). *Política de adversarios y reforma electoral.*
Flores Olea, Víctor. *Relación de Contadora.*
Gleijeses, Piero. *La crisis dominicana.*
Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El federalista.*
Harrington, James. *La República de Oceana.*
Havel, Václav. *La responsabilidad como destino.*
Heller, Hermann. *Teoría del Estado.*
Hermet, Guy (comp.). *Totalitarismos.*
Hobbes, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil.*
Holbraad, Carsten. *Las potencias medias en la política internacional.*

Houn, Franklin Willington. *Breve historia del comunismo chino.*
Humboldt, Wilhelm von. *Escritos políticos.*
Jardin, André. *Alexis de Tocqueville, 1805-1859.*
Jardin, André. *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875.*
Kelsen, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales.*
Kelley, Robert Lloyd. *El modelo cultural en la política norteamericana. El primer siglo.*
Lacroix, Bernard. *Durkheim y lo político.*
Lachs, Manfred. *El derecho del espacio ultraterrestre.*
Lipset, Seymour Martin, y Earl Raab. *La política de la sinrazón. El extremismo de derecha en los Estados Unidos, 1790-1977.*
Mangabeira Unger, Roberto. *Conocimiento y política.*
Merriam, Charles Edward. *Prólogo a la ciencia política.*
Meyer, Jean (comp.). *Perestroika, I.*
Meyer, Jean (comp.). *Perestroika, II.*
Paine, Thomas. *Los derechos del hombre.*
Pempel, T. J. (comp.). *Democracias diferentes. Los regímenes con un partido dominante.*
Reyes Heroles, Jesús. *El liberalismo mexicano.* (3 vols.)
Rolland, Denis. *América Latina. Guía de las organizaciones internacionales y de sus publicaciones.*
Rose, Gillian. *Dialéctica del nihilismo. La idea de la ley en el pensamiento post-estructuralista.*
Sartori, Giovanni. *La política. Lógica y método en las ciencias sociales.*
Schleifer, James T. *Cómo nació* La democracia en América *de Tocqueville.*
Skocpol, Theda Ruth. *Los Estados y las revoluciones sociales. Un análisis comparativo de Francia, Rusia y China.*
Soler, Sebastián. *Las palabras de la ley.*
Waldheim, Kurt. *El desafío de la paz.*
Wich, Richard. *La crisis política chino-soviética. Un estudio del cambio político y la comunicación.*

LAS raíces de las instituciones y de los conceptos jurídicos modernos se remontan a nueve siglos, hasta la revolución papal de Gregorio VII, cuando la Iglesia de Occidente estableció su unidad política y jurídica y logró, no sin larga y enconada lucha, independizarse de emperadores, reyes y señores feudales. De esta pugna surgió la idea occidental de unos sistemas jurídicos integrados, que luego irían desarrollándose conscientemente a lo largo de generaciones y de siglos.

Al demostrar el carácter revolucionario de la reforma papal, Harold J. Berman modifica las periodizaciones habitualmente aceptadas por historiadores de la Iglesia, positivistas, marxistas e historiadores del derecho... *La formación de la tradición jurídica de Occidente* resulta así un libro de avanzada, que obliga a los practicantes de muchas disciplinas universitarias a reajustar su enfoque y a ver en el derecho una fuerza cultural viva y revolucionaria.

Harold J. Berman ocupa la cátedra Woodruff de derecho en la Universidad Emory. También es profesor emérito de la Universidad de Harvard; ha recibido diversas preseas en reconocimiento tanto a sus aportaciones a la teoría jurídica y la historia de la jurisprudencia como por sus estudios sobre derecho y religión y derecho y lenguaje.

9 789681 645618

cfe